



HAL
open science

L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes

Elsa Fondimare

► To cite this version:

Elsa Fondimare. L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2018. Français. NNT: 2018PA100070. tel-04098186v2

HAL Id: tel-04098186

<https://hal.science/tel-04098186v2>

Submitted on 14 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Membre de l'université Paris Lumières

Elsa FONDIMARE

L'impossible indifférenciation

Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes

Thèse présentée et soutenue publiquement le 1^{er} octobre 2018
en vue de l'obtention du doctorat de **Droit public** de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Mme Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (Université Paris
Nanterre)

Jury :

Rapporteure : Mme Olivia BUI-XUAN Professeure, Université d'Évry-Val
d'Essonne

Rapporteure : Mme Anne LEVADE Professeure, Université Paris-Est-
Créteil-Val-de-Marne

Membre du jury Mme Stéphanie HENNETTE- Professeure, Université Paris Nanterre
(directrice de VAUCHEZ
thèse) :

Membre du jury : M. Michel ROSENFELD Professeur, Cardozo Law School,
Yeshiva University

Membre du jury : M. Jérôme PORTA Professeur, Université Montesquieu,
Bordeaux IV

L'Université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes parents, pour leur inspiration continuelle.

À Jérôme, pour son esprit critique toujours présent.

Remerciements

J'adresse tout d'abord ma profonde reconnaissance à ma directrice de thèse, Madame Stéphanie Hennette-Vachez, pour m'avoir initiée à la théorie féministe du droit en Master 2, pour avoir accepté d'encadrer ce travail et pour m'avoir encouragée, conseillée et soutenue. Je dois l'aboutissement de cette thèse à son suivi et à son exigence.

Je tiens à remercier Madame Olivia Bui-Xuan, Madame Anne Levade, Monsieur Jérôme Porta et Monsieur Michel Rosenfeld, qui m'ont fait l'honneur d'accepter de participer au jury de soutenance.

Pour leurs conseils et leurs critiques, je remercie vivement les Professeures et Professeurs Véronique Champeil-Desplats, Arnaud Le Pillouer, Éric Millard, Tanya Hernandez, Julie Suk, et Alexis Zarca.

Je remercie tous les membres du CTAD qui m'ont accompagnée durant ces années. Merci à Antonin et Thomas pour les bons moments partagés. Mes sincères remerciements à celles et ceux qui ont contribué à ce travail par leur relecture, Eleonora, Guillaume, Max et Vincent. À Claire, Michael et Robin pour leur soutien particulier en cette fin de thèse. Et bien sûr à mes sœurs de thèse de la 418 Elsa et Laurie pour avoir toujours été présentes.

Merci à ma famille et à ma belle-famille pour leur confiance et leur patience.

Et merci à Adrien d'avoir partagé cette aventure et celles à venir.

Abréviations

AMP	Assistance médicale à la procréation	cons.	Considérant
AJDA	Actualité juridique de droit administratif	Cons. constit.	Conseil constitutionnel
AJ Famille	Actualité juridique Famille	Crim.	Chambre criminelle
AJFP	Actualité juridique Fonction publique	CSM	Conseil supérieur de la magistrature
AJ Pénal	Actualité juridique Pénal	D.	Recueil Dalloz
Ass.	Assemblée	DDD	Défenseur des droits
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin civil	dir.	Direction
<i>Bull. crim</i>	Bulletin criminel	<i>Dr. Soc.</i>	Droit social
c/	Contre	<i>Dr. Pén.</i>	Droit pénal
CA	Cour d'appel	éd.	Édition
CAA	Cour administrative d'appel	ENA	École nationale d'Administration
Cass.	Cour de cassation	FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
CE	Conseil d'État	FIV	Fécondation <i>in vitro</i>
CEDEF	Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes	GPA	Gestation pour autrui
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme	GELD	Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations
chron.	Chronique	HALDE	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
Civ.	Chambre civile	HCEFH	Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes	<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne	IGAS	Inspection générale des affaires sociales
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme	IVG	Interruption volontaire de grossesse
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés	JCP	La semaine juridique - Édition générale

JCP S	La semaine juridique - Sociale	RDSS	Revue de droit sanitaire et social
JCP AJ	La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales	Rec.	Recueil
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes	Rev. Trav.	Revue de droit du travail
JORF	Journal officiel de la République française	RFDA	Revue française de droit administratif
LPA	Les Petites Affiches	RFDC	Revue française de droit constitutionnel
n°	Numéro	RIDC	Revue internationale de droit comparé
obs.	Observations	RSC	Revue de science criminelle
OFCE	Observatoire français des conjonctures économiques	RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
OIT	Organisation internationale du travail	RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
ONG	Organisation non gouvernementale	RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>	s.	Suivantes
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille	Soc.	Chambre sociale
PUF	Presses universitaires de France	SVT	Sciences et vie de la terre
RFDC	Revue française de droit constitutionnel	TA	Tribunal administratif
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux	TGI	Tribunal de grande instance
RDP	Revue de droit public	TI	Tribunal d'instance
RDUS	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke	trad.	Traduction
REVUS	Revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit	Trib. civ.	Tribunal civil
		Trib. corr.	Tribunal correctionnel
		vol.	Volume

Sommaire

Partie I. La construction juridique de l'égalité des sexes : entre différenciation et indifférenciation

Titre I. Le principe d'égalité maintenant la différenciation entre les sexes

Titre II. Le principe d'égalité imposant l'indifférenciation entre les sexes

Partie II. L'impossible dépassement de la différence des sexes : quand l'évolution du principe d'égalité bute sur la construction juridique de la personne

Titre I. La reconnaissance de la différence des sexes : nécessité de la lutte contre la hiérarchie de genre

Titre II. La préservation d'une construction juridique sexuée de la personne

Introduction

1. Le traitement juridique de la différence des sexes a suscité ces dernières années de nombreuses réactions, parfois virulentes, dans le monde juridique et politique. Certaines de ces réactions se sont manifestées par la crainte de voir les réformes attachées à la mise en œuvre du principe d'égalité et du droit de la non-discrimination aboutir à une indifférenciation des sexes. Ainsi, en 2013, nombre de juristes et de parlementaires se sont opposés à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe qui, par une « instrumentalisation de l'égalité »¹, viendrait selon eux remettre en cause la différence des sexes², considérée comme l'un des fondements du mariage, de la procréation et qui entraînerait, dès lors, un « changement de civilisation »³.

2. Tour à tour emblème et cause de cette instrumentalisation dénoncée du principe d'égalité, la « théorie du genre »⁴ est ici largement mise en avant : ces discours expriment en effet volontiers leurs craintes de voir cette théorie introduite en droit français et donc de voir « l'indifférenciation des sexes qui pourrait inspirer notre législation, [entraîner] une remise en cause du mariage, de la famille et de la maternité fondés sur l'altérité sexuelle »⁵. L'« idéologie » du genre aboutirait, par une « révolution anthropologique », à un renoncement à l'altérité et à la différence des sexes,

¹ BRUNETTI-PONS Clotilde, « L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite Mariage pour tous », *Revue Lamy Droit civil*, 2013, p. 105 : « Considérée comme un simple instrument sous son angle utilitaire, l'égalité est instrumentalisée pour parvenir à la suppression de la différence des sexes dans la définition du mariage ».

² Voir, parmi de multiples exemples, les interventions de Xavier Breton lors de la deuxième séance du 29 janvier 2013 à l'Assemblée nationale, p. 502 : « Quelle est la conception de l'égalité ? Madame la ministre chargée de la famille, continuez-vous à dire que toute différence de droits entre les personnes relève d'une discrimination ? Si c'est le cas, il y a un vrai problème sur la conception de l'égalité du droit. Quelle conception a-t-on par ailleurs de l'altérité sexuelle ? Est-ce que l'homme et la femme cela signifie encore quelque chose dans notre société ? » ; de François Rochebloine, p. 502 : « Renoncer dans le mariage à la différence de l'homme et de la femme, du père et de la mère, c'est une révolution anthropologique » ; de Bruno Nestor Azerot lors de la première séance du 30 janvier 2013, p. 563 : « Refuser cette différence naturelle, c'est refuser la différence sexuée, c'est revenir sur l'oppression de la femme et de ses droits émancipés, c'est instaurer une nouvelle contrainte, car il sera interdit désormais de faire la différence entre un homme et une femme, au risque d'être discriminatoire. Et l'enfant ? Puisque deux hommes ou deux femmes ne peuvent procréer, que va-t-on faire ? Pour procréer, il faut bien un homme et une femme » ; de Claude Greff lors de la deuxième séance du 30 janvier 2013, p. 583 : « L'abolition dans la loi de la différence des sexes et de l'engendrement va à l'encontre de l'universalité des individus face à la différence des sexes. Aucune loi ne pourra nous affranchir de la logique de notre condition et de la raison qui nous fonde à vivre ».

³ DRAGO Guillaume, « Avant-propos », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant*, Institut Famille et République, 2016, p. 8.

⁴ Voir par exemple les interventions de Jacques Bompard lors de la troisième séance du 1^{er} février 2013 à l'Assemblée nationale, p. 825 : « Vous postulez que l'égalité est supérieure à l'altérité, avec pour corollaire la théorie du genre, qui nie l'altérité et la différence des sexes » ; de Patrick Ollier lors de la deuxième séance du 3 février 2013 à l'Assemblée nationale, p. 1020 : « Vous êtes obsédée par l'égalité, on peut le comprendre. Nous aussi, nous souhaitons l'égalité. Mais pour vous, l'égalité, c'est l'égalité par l'effacement de la différence des sexes, c'est la déconstruction de la parenté fondée sur l'engendrement [...]. Cela s'apparente à la théorie du genre. Et l'on voit la théorie du genre apparaître au fur et à mesure des débats : vous voulez faire évoluer la société vers une société asexuée où l'altérité n'incarne pas la majorité des cas » ; de Pierre Lequiller lors de la deuxième séance du 6 février 2013, p. 1327 : « Sur un texte qui concerne la vie, le don de la vie, l'enfant, sa mère, l'adoption, la PMA, la GPA, par idéologie, vous avez cherché, non pas à agir dans l'intérêt de la France, mais à défendre une théorie fautive, surréaliste, dangereuse, la théorie du genre, qui privilégie l'orientation sexuelle par rapport à la différence des sexes ».

⁵ Proposition de résolution n° 482 tendant à la création d'une commission d'enquête sur l'introduction et la diffusion de la théorie du *gender* en France, enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 7 décembre 2012.

fondements de l'ordre social et de l'identité individuelle⁶. L'influence de la « théorie du genre » sur l'interprétation du principe d'égalité⁷ reviendrait, dès lors, à « refuser la prise en compte d'un sexe devenu discriminatoire en tant que tel »⁸.

3. Si les débats et mobilisations suscitées par l'adoption de la loi Taubira ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe sont emblématiques d'un tel discours et des craintes qu'il exprime, il est bien d'autres terrains sur lesquels il se déploie. La politique des « ABCD de l'égalité » en est une des manifestations marquantes : il ressort des débats parlementaires relatifs à la loi du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République – qui vise notamment à favoriser l'égalité des sexes en insistant sur la lutte contre les stéréotypes à l'école – une hostilité certaine vis-à-vis de ce qui a pu être perçu comme une remise en cause de la différence des sexes par l'introduction d'une telle « idéologie du genre » à l'école⁹. Les réformes législatives récentes en faveur de l'égalité des sexes et des sexualités seraient, de ce point de vue, guidées par la perspective d'« indifférenciation des fonctions » sociales attribuées traditionnellement aux femmes et aux hommes, aboutissant, de manière subversive, à l'« indifférenciation des sexes » au sein du droit et partant, à une « indétermination des identités sexuées des êtres humains »¹⁰ au sein de la société¹¹.

4. De nombreuses voix expriment ainsi leur attachement à ce que le principe d'égalité ne remette pas en cause la différence des sexes¹². Mais est-ce un réel danger ? On peut en douter ;

⁶ BINET Jean-René, « Une mise en œuvre juridique de l'idéologie du *gender* ? », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant*, Institut Famille et République, 2016, p. 99 : « Une vision radicale de cette théorie tend en effet à la suppression des identités sexuées au profit d'appellations neutres. Les catégories juridiques familiales étant sexuée, leur suppression permettrait d'atteindre l'objectif de gommage des identités sexuées et, ce faisant, d'atténuer jusqu'à la supprimer, toute idée d'altérité sexuelle ou de différence entre les deux moitiés du genre humain ».

⁷ BOURGES Béatrice, MIRKOVIC Aude, MONTFORT Elizabeth, *De la théorie du genre au mariage de même sexe. L'effet dominos*, Peuple libre, p. 14 : « Cette théorie, idéologique dans son rejet de la différence et de l'altérité sexuée, risque de devenir la référence officielle, admise comme vision structurante de la société, en particulier pour les politiques d'égalité hommes/femmes ».

⁸ BRUNETTI-PONS Clotilde, « L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite Mariage pour tous », *op. cit.*, p. 105.

⁹ Voir l'intervention de Marion Maréchal-Le Pen lors de la première séance du 11 mars 2013 à l'Assemblée nationale, p. 2548 : « Discrètement, voici que sera enseignée comme vérité incontestable, sans concertation avec les parents, la théorie du genre, largement critiquable, qui veut que le genre masculin ou féminin soit distinct du sexe biologique et seulement lié au conditionnement social ou à l'éducation ». En ce sens, l'amendement n° 176 proposé par Corinne Bouchoux, qui prévoyait d'ajouter que l'école « assure les conditions de l'éducation à l'égalité de genre » a été retiré, à la suite d'un avis défavorable du ministre de l'Éducation Vincent Peillon, afin de ne pas alimenter les oppositions à la théorie du genre. Voir l'intervention du ministre lors de la séance du 24 mai 2013 au Sénat, p. 4603 : « Lorsque cette notion a été introduite, certains ont fait exprès, *a fortiori* dans le climat que nous connaissons actuellement avec le mariage pour tous, de faire croire que la majorité avait la volonté d'imposer la théorie du genre à l'école. J'ai considéré qu'il était de ma responsabilité, quelle que soit la sympathie que je peux avoir pour le sens commun de cette notion, de ne pas alimenter ces polémiques malsaines, qui dégradent le débat sur l'école ».

¹⁰ LABRUSSE-RIOU Catherine, « Préface », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 13 : « Les théories plus ou moins fumeuses des *gender studies* [...] dérivent aujourd'hui vers la confusion des genres, terme substitué à celui de sexe, pour conduire à une indifférenciation et une indétermination des identités sexuées des êtres humains, tenant celles-ci pour exclusivement culturelles et la culture pour indéfiniment manipulable au gré des désirs, des politiques ou des idéologies ».

¹¹ BOURGES Béatrice, MIRKOVIC Aude, MONTFORT Elizabeth, *De la théorie du genre au mariage de même sexe. L'effet dominos*, *op. cit.*, p. 28 : « C'est l'égalité par l'effacement, c'est-à-dire par la négation de ce que sont la femme et l'homme, comme personnes incarnées dans une société réelle ».

¹² LABRUSSE-RIOU Catherine, « Genre et égalité », in HAUTBERT Joël, *Le droit à l'épreuve du genre*, Limoges, PULIM, 2016, p. 131.

l'idée selon laquelle la mise en œuvre contemporaine de l'égalité et du droit de la non-discrimination conduirait nécessairement à un effacement de la différence des sexes apparaît en effet, à bien des égards, comme réductrice. Le rapport qu'entretient le principe juridique d'égalité avec la différence des sexes ne saurait être réduit à un rapport d'opposition ; il est en réalité beaucoup plus subtil. On pourrait même soutenir que, loin de l'effacer ou de la menacer, le principe d'égalité *produit* cette différence des sexes. Tel est précisément l'objectif de la thèse de doctorat : mettre en évidence la complexité, voire l'ambivalence, du rapport entretenu par le principe d'égalité avec la différence des sexes. On s'attachera à montrer que si la différence des sexes a pu, dans une certaine mesure, être effacée ou atténuée sur le fondement de l'égalité, elle demeure néanmoins largement produite par le droit.

5. Certes, l'ambivalence des rapports entre l'égalité et la différence a précédemment fait l'objet de diverses études, dont il conviendra, dans un premier temps, de souligner les apports (I). L'analyse des rapports entre l'égalité et la différence des sexes apparaît toutefois fondamentale dans le contexte juridique actuel, tant au regard des tensions encore suscitées par la question de la différence des sexes au sein de la doctrine, qu'en raison de l'état du droit positif français, lui-même remarquablement confus à cet égard (II). La démarche poursuivie par l'analyse entend dès lors parvenir à éclaircir ces rapports, en s'intéressant aux processus de légitimation et de délégitimation de la différenciation entre les sexes, internes aux discours juridiques (III). Il s'agira de montrer que si l'égalité des sexes a progressivement été construite comme une exigence d'indifférenciation entre les sexes, elle bute sur la nécessité pour le droit de maintenir la différence des sexes, de sorte que l'égalité n'efface pas la différence des sexes. En d'autres termes, on soutiendra ici que si le principe d'égalité a bien enclenché un mouvement d'indifférenciation entre les sexes, des exigences propres à la construction juridique du sujet de droit empêchent ce processus d'être porté à son terme ; en ce sens, au-delà de la dynamique propre au principe d'égalité, la différence des sexes demeure essentielle (IV).

I. Le constat de l'ambivalence des rapports entre le principe d'égalité et les différences

6. La littérature juridique française portant sur la définition du principe d'égalité et sur la question de son rapport aux différences est foisonnante, si bien qu'une nouvelle étude sur ce sujet pourrait paraître redondante. De nombreux travaux – parmi lesquels des thèses de doctorat¹³ – ont ainsi déjà mis en avant que l'égalité en droit français constituait un principe

¹³ ATTAL-GALY Yaël, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003 ; BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Paris, Economica, 2004 ; FARGUES Arnaud, *Universalisme républicain, particularismes et évolution du droit*

ambivalent, qualifié par François Luchaire de « Janus constitutionnel »¹⁴, multiple dans ses interprétations, pouvant être guidé à la fois par une exigence d'indifférenciation et par une logique de différenciation¹⁵. Pour faire part de cette ambivalence, ces travaux se réfèrent volontiers à la distinction entre « justice commutative » et de « justice distributive » explicitée par Aristote. Elles renvoient en effet au fonctionnement dual du principe d'égalité : d'une part, l'égalité « arithmétique » implique le traitement identique des individus supposés être placés dans des situations similaires, et d'autre part, l'égalité « proportionnelle » procède au traitement différencié des personnes placées dans des situations différentes¹⁶.

7. Ces études doctrinales ont donc appréhendé les diverses acceptions du principe d'égalité selon leurs rapports aux différences. Il en ressort ainsi plusieurs significations du principe d'égalité, concurrentes et contradictoires selon leur relation au processus de différenciation. Il est dès lors vain de rechercher une définition *unique* du principe d'égalité, puisque celui-ci correspond à acceptions distinctes renvoyant chacune à des manières divergentes d'appréhender la légitimité de la différence de traitement juridique¹⁷. De surcroît, au-delà même de la diversité des conceptions du principe d'égalité, la difficulté de le définir provient du fait non seulement que les

public, Thèse pour le Doctorat de Droit public, Université Lille 2, 2011 ; MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1997 ; PELLISSIER Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996 ; SWEENEY Morgan, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse pour le Doctorat de droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010 ; ZARCA Alexis, *L'égalité dans le droit public français de la fonction publique*, Thèse pour le Doctorat de droit, 2004.

¹⁴ LUCHAIRE François, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, n° 102, 1986, p. 1231 : « Les deux faces de l'égalité sont donc contradictoires : l'une est d'ordre formel ; elle impose l'égalité devant la loi ; l'autre est matérielle, elle conduit à se rapprocher de l'égalité par la loi ».

¹⁵ Voir notamment : ARDANT Philippe, « L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », in *La personne humaine, sujet de droit*, Paris, PUF, 1994 ; BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 20 juillet/20 août 1998, p. 152 ; BOBBIO Noberto, « Égalité et différence, le clivage décisif », *Esprit*, 1992, p. 19 ; JORION Benoît, « Égalité et non-discrimination en droit public français », in KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles, *L'égalité des chances, analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 141-165 ; JOUANJAN Olivier, « Égalité », in ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 585 ; LEBEN Charles, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *Revue du droit public et de la science politique*, 1982, p. 295-353 ; LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010 ; PORTA Jérôme, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *Revue du droit du travail*, 2011, p. 290 ; RIVERO Jean, « Rapport sur les notions d'égalité et de non-discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de non-discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, Paris, Dalloz, 1961-1962 ; ROSENFELD Michel, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, 2010, n° 2 ; WALINE Marcel, « Paradoxe sur l'égalité devant la loi », *Recueil Dalloz*, 1949, p. 26.

¹⁶ HERNU Rémy, « Égalité et non-discrimination », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 284 : « Dans le contexte commutatif, l'égalité est rigoureusement arithmétique. Chaque homme en vaut un autre de sorte que la justice commutative recouvre l'obligation, fondamentale dans un ordre juridique, d'assurer l'égalité formelle [...]. La justice distributive est propre au partage de ce qui est dû par la cité à chacun et correspond donc à "quelque chose de proportionnel". Elle renvoie à une forme d'égalité qui procède nécessairement par différenciation » ; MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 27 : « Les distinctions opérées par Aristote entre l'égalité arithmétique et l'égalité géométrique, ou entre l'égalité numérique et l'égalité proportionnelle, ou encore entre l'égalité selon le nombre et l'égalité selon le mérite, constituent autant de clés permettant de mieux appréhender certains aspects controversés de la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel ».

¹⁷ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, 2^e édition, p. 315 : « L'impossibilité d'une définition (unique) tient alors aux « difficultés d'en déterminer une qui soit satisfaisante en raison notamment de l'abstraction des notions à définir et des significations multiples qui peuvent leur être conférées [...]. Cette orientation est fréquente s'agissant de concepts réputés "flous" ou "indéterminés" tels que les standards [...] ou les mots abstraits et généraux que l'on trouve de façon privilégiée dans le vocabulaire des droits de l'Homme (liberté, vie privée, équitable, égalité, indépendance, personne humaine)... ».

qualificatifs retenus par les auteurs pour désigner telle ou telle forme de l'égalité sont très variables¹⁸, mais également que ces mêmes qualificatifs ne renvoient pas toujours aux mêmes définitions selon les auteurs¹⁹. Si bien qu'il règne une grande confusion au sein de la doctrine s'agissant des sens du principe d'égalité, si ce n'est un véritable « chaos » pour reprendre les mots de Frédéric Edél²⁰. Il n'est pas question ici de trancher entre ces différentes conceptions du principe d'égalité, mais de retenir les définitions qui seront pertinentes pour notre propre analyse. Les définitions proposées ci-après peuvent ainsi être qualifiées de « stipulatives », au sens où elles sont choisies pour les besoins la démonstration et remplissent dès lors une fonction spécifique²¹ : présenter les différentes manières dont s'articulent le principe d'égalité et le processus de différenciation.

8. La première acception du principe d'égalité mise en évidence par la doctrine est l'égalité formelle²². On retiendra dans le cadre de ce travail une conception large de l'« égalité formelle » comme désignant l'exigence d'identité de traitement des individus placés dans des situations similaires. Précisons toutefois que l'exigence d'indifférenciation n'est pas qualifiée de la même manière par la doctrine selon l'acteur concerné par la règle de l'identité de traitement. Elle peut être limitée au traitement identique par les organes d'application du droit²³ ; elle est alors assimilée à une application uniforme la règle de droit, sans prise en compte des différences²⁴ – c'est l'égalité *devant la loi*. Mais dans une conception plus active de l'égalité, l'exigence d'indifférenciation se

¹⁸ THARAUD Delphine, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 18 : « [L'égalité] est le plus souvent accompagnée de qualificatifs, parfois contradictoires : l'égalité formelle est ainsi opposée à l'égalité réelle ou substantielle, l'égalité abstraite ou juridique à l'égalité concrète ou matérielle, l'égalité de droit ou *de jure* à l'égalité de fait ou *de facto*, l'égalité générale se confronte à l'égalité catégorielle, l'égalité des chances est mise en concurrence avec l'égalité de résultat, sans parler du principe de l'égalité de traitement utilisé désormais par la jurisprudence française ».

¹⁹ Par exemple, « la compréhension de l'égalité “dans” la loi a été l'objet de variations [importantes] : elle signifie tantôt que rigoureusement aucune distinction n'est acceptée du point de vue de certains critères précisément identifiés *a priori* (Kelsen, Leben, Luchaire) ; tantôt que sont interdites les distinctions injustifiées ou arbitraires (Perelman, Rivéro, Luchaire, Pellissier, Belloubet-Frier), tantôt aussi elle oblige à la généralité de la norme (Belloubet-Frier) » (EDEL Frédéric, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *Droits*, n° 61, 2015/1, p. 128).

²⁰ EDEL Frédéric, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.*, p. 117.

²¹ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 309 : « Les définitions stipulatives ne peuvent jamais être considérées comme vraies ou fausses. Elles sont ou non adéquates, opératoires en fonction de l'objectif poursuivi par celui qui y recourt. Leur formulation suppose donc une grande part de fiction et d'arbitraire dans la mesure où leur visée première n'est pas de correspondre à une vérité essentielle, ni même à une réalité empirique, mais de remplir certaines fonctions ».

²² LEBEN Charles, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 301 : « Le qualificatif de *formel* accolé à ce principe [...] oblige seulement de traiter de façon semblable les cas qui ont été reconnus semblables, selon les critères pertinents du système ».

²³ MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 55 : « L'égalité devant la loi ne concernerait que l'application de la loi et, par conséquent, elle ne s'imposerait qu'aux organes de l'application de la loi, c'est-à-dire aux autorités administratives et juridictionnelles. Il s'agirait cette fois d'une égalité simplement formelle puisque son seul objet serait de garantir une égale application des lois, quel que soit leur contenu ».

²⁴ BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 153 : « Égalité formelle, ce principe est appelé à garantir une application identique des lois, voire même une adoption, sans considération de la personne » ; HERNU Rémy, « Égalité et non-discrimination », *op. cit.*, p. 284 : « La conception libérale classique repose principalement sur un modèle de justice formelle qui consiste à prescrire l'identité de traitement dans la reconnaissance des droits. Fondant la problématique démocratique, elle est contenue tout entière dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui dispose : “la loi est l'expression de la volonté générale [...]. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse”. Les individus, égaux en droit, sont inscrits dans une relation d'interchangeabilité, ils sont en quelque sorte parfaitement substituables ».

mue en un principe d'égalité *dans la loi*, imposé au législateur – autrement dit à une exigence d'indifférenciation du contenu des énoncés juridiques grâce à la généralité de ces derniers²⁵. Cette acception de l'égalité a évolué en un *principe de non-discrimination*, imposé aussi à des acteurs tels que les employeurs, l'administration ou les fournisseurs d'accès aux biens et aux services, afin d'interdire certaines différences de traitement jugées illégitimes – fondées sur le sexe, la race, la religion, etc. – et prohibées au niveau constitutionnel, européen ou législatif. Le principe de non-discrimination constitue par conséquent, selon certains auteurs, le pendant négatif – et actif – de l'égalité formelle, car il conduit à sanctionner les différences de traitement illégitimes des individus considérés comme par principe placés dans des situations similaires²⁶.

9. En second lieu, la doctrine identifie une conception du principe d'égalité qui, afin de parvenir à l'égalité substantielle, réelle, concrète ou *de facto*, autorise le traitement différencié d'individus ou de groupes d'individus pourtant placés en principe dans des situations similaires. Mais, si la différence de traitement est ici admise en vue de remédier aux inégalités de fait, elle s'apparente à une dérogation à l'égalité formelle puisqu'elle prend en compte un critère en principe prohibé. Au sein de cette conception, on peut distinguer avec Olivia Bui-Xuan entre l'égalité des chances ou égalité substantielle, qui opère un « différencialisme compensatoire », et l'égalité de résultat ou égalité réelle, qui met en œuvre un « différencialisme correcteur »²⁷. Dans le premier cas, il s'agit de compenser les inégalités de fait subies par certains groupes d'individus, en leur accordant des mesures préférentielles pour leur faciliter l'accès aux mêmes droits que les autres groupes, en particulier en matière de droits sociaux tels que l'accès à l'emploi ou à la retraite²⁸. Dans le second cas, le traitement différencié vise à corriger directement les inégalités de fait, en prévoyant l'instauration d'une égalité chiffrée, arithmétique, à travers des mesures de quotas par exemple, ce qui tend à « rétablir la situation qui existerait si ces discriminations n'avaient jamais eu lieu »²⁹. Dans les deux cas, la doctrine souligne que l'égalité de fait, par son caractère compensatoire ou correcteur, a pour objectif, à terme, de rétablir l'indifférenciation entre les individus au nom de l'idéal universaliste³⁰. C'est pourquoi ces mécanismes

²⁵ SWEENEY Morgan, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 80 : « La généralité de la règle, de par l'indistinction qu'elle suppose, entraîne la conformité au principe d'égalité. Ce dernier s'entend par l'identité de traitement pour tous. Par cette démarche, la jurisprudence des deux juridictions érige l'égalité dans la généralité et/ou l'universalité en modèle ».

²⁶ HERNU Rémy, « Égalité et non-discrimination », *op. cit.*, p. 283 : « Le principe de non-discrimination vise la correction du désordre qu'engendrent certains types d'inégalités et apparaît comme une formulation négative de l'égalité ».

²⁷ Sur cette distinction, voir BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.*, p. 28 et s.

²⁸ BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.*, p. 66 : « L'égalité des chances passe ainsi par la création de [...] mesures préférentielles réservées à certains publics destinées à réduire leurs difficultés – sociales, économiques, parfois culturelles – et, par là même, à diminuer l'écart qui les sépare du reste de la population ».

²⁹ *Ibid.*, p. 196.

³⁰ Voir la première partie de la thèse d'Olivia BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.*, p. 24 : « On exposera le mouvement différencialiste dont l'objectif reste fidèle à l'esprit de l'universalisme traditionnel : unifier la société

différentialistes sont considérés comme des mesures temporaires et dérogatoires à l'égalité comme indifférenciation. Il convient ici de préciser que les termes d'« égalité substantielle » et d'« égalité réelle » peuvent aussi être mobilisés dans un sens plus large et être utilisés l'un comme l'autre pour désigner les outils permettant de lutter contre les inégalités de fait. Dans le cadre de ce travail, il sera utile de faire référence à l'égalité « substantielle » et « réelle » dans un sens restreint (notamment dans la première partie), mais le terme d'« égalité réelle » sera aussi mobilisé pour renvoyer de façon plus large (en particulier dans la seconde partie), à l'objectif de lutte contre les inégalités de fait que les pouvoirs publics ont fermement établi ces dernières années³¹.

10. L'égalité substantielle ou réelle diffère d'une troisième acception de l'égalité, à savoir l'égalité matérielle³². Celle-ci désigne le traitement différencié des individus ou groupes d'individus placés dans des situations différentes³³. Assimilée à l'idée d'équité³⁴, la différence de traitement vise alors à s'adapter aux différences, par exemple aux particularismes territoriaux³⁵, et à reconnaître les spécificités, telles que les minorités culturelles ou religieuses, pour leur appliquer un traitement différencié³⁶. L'objectif est dans ce cas de maintenir la différence de situation, en lui permettant de se développer, voire d'accorder « un droit à la différence »³⁷ et non plus cette fois de rétablir à terme l'égalité comme indifférenciation³⁸. Certains auteurs font valoir que le pendant négatif de l'égalité matérielle est l'interdiction des discriminations indirectes³⁹. Celles-ci se produisent lorsqu'une norme ou une pratique, qui en apparence prévoit un traitement indifférencié, produit des effets inégalitaires entre des groupes d'individus, en raison de la différence de situation existant entre eux. C'est par conséquent l'absence de prise en compte de la différence de situation qui engendre une discrimination indirecte.

en résorbant les inégalités et en combattant les discriminations ; tout se passe comme si ce différencialisme-là venait au secours de l'universalisme qui aurait échoué dans sa mission d'homogénéisation sociale ».

³¹ En témoigne notamment l'adoption de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

³² Pour certains auteurs, la notion d'égalité « matérielle » renvoie toutefois à l'égalité dans la loi, dans le contenu de la loi : voir LEBEN Charles, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 301.

³³ RIVERO Jean, « Rapport sur les notions d'égalité et de non-discrimination en droit public français », *op. cit.*, p. 350 : « Dès lors que l'égalité paraît exiger l'application de mesures différentes lorsque les situations de base sont différentes, ces catégories doivent nécessairement se multiplier, pour permettre à la règle de mieux épouser le réel. À l'égalité cherchée dans la généralité se substitue une égalité par la différenciation » ; PELLISSIER Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 30 : « Alors que l'égalité devant la loi impose de ne pas traiter différemment les situations identiques – commandement d'abstention –, l'égalité par la loi commande de traiter différemment les situations différentes – commandement d'action ».

³⁴ BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 155 : « L'égalité commutative n'est plus le pilier de la société. L'égalité proportionnelle, voire l'égalité individualisée, c'est-à-dire l'équité, lui succède ».

³⁵ BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.*, p. 309 et s.

³⁶ *Ibid.*, p. 422 et s.

³⁷ LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

³⁸ MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 237. Le Conseil constitutionnel « fait preuve d'une vision progressiste de l'égalité en considérant que la prise en compte par le législateur de critères de différenciation tels que l'âge ou les caractéristiques sociales des salariés, non seulement n'est pas contraire à l'égalité, mais est même nécessaire pour que les exigences découlant de cette norme constitutionnelle soient parfaitement respectées ».

³⁹ LUCHAIRE François, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *op. cit.*, p. 1231 : « Une loi formellement égale peut être matériellement inégalitaire lorsqu'elle traite uniformément des situations très différentes ».

11. Les études relatives au principe d'égalité semblent relativement en accord sur la multiplicité des significations revêtues par ce dernier au regard de leur rapport à la différenciation – bien que les sens donnés à telle ou telle acception puissent varier d'un auteur à l'autre, – ainsi que sur l'articulation des acceptions de l'égalité entre elles. En effet, malgré le constat de l'émergence de mécanismes différencialistes guidés par une logique d'équité, la majorité des auteurs mettent en évidence une prédominance, au sein du droit français, de l'égalité formelle, guidée par une conception universaliste du droit⁴⁰, sur les autres formes d'égalité, réelle et matérielle. Ils soulignent du reste que seule l'égalité formelle constitue une obligation pour le législateur et l'administration et les acteurs sociaux concernés, contrairement aux autres formes d'égalité qui demeurent de simples facultés⁴¹. La doctrine insiste par ailleurs sur le risque de stigmatisation lié à la multiplication de mesures différencialistes, celles-ci renforçant une fragmentation des individus en catégories contribuant à perpétuer les inégalités⁴².

12. Sur la question spécifique des différences de traitement, en revanche, la doctrine est davantage divisée. Il en résulte une confusion s'agissant de la question de savoir si une différence de traitement prise pour remédier à une inégalité de fait constitue une application de l'égalité dans un sens matériel ou bien si elle s'apparente à une dérogation à l'égalité formelle. En somme, les différences de traitement en vue de remédier aux inégalités de fait s'appliquent-elles à des individus placés dans des situations différentes du point de vue des inégalités, et sont-elles dès lors une manifestation de l'égalité matérielle ? Ou bien s'appliquent-elles à des individus placés par principe dans des situations identiques et pour lesquels le droit permet, par exception à l'égalité formelle, un traitement différencié ? La réponse à cette question, qui diffère selon les auteurs⁴³, est pourtant essentielle car elle conditionne la légitimité et, par suite, la légalité de ces différences de traitement. Les interprètes de l'égalité semblent en effet plus enclins à admettre de telles différences de traitement lorsqu'ils considèrent les individus comme étant placés dans des

⁴⁰ MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 325 : « En dépit du caractère certainement louable de ces tentatives de faire valoir son altérité, il ne faut pas perdre de vue qu'elles constituent autant de brèches dans l'universalisme à la française [...]. En somme, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'égalité n'est que le reflet d'une conception universaliste qui prévaut en France depuis la Révolution ».

⁴¹ JORION Benoît, « Égalité et non-discrimination en droit public français », *op. cit.*, p. 147 : « Il en résulte que traiter de façon différente une situation différente n'est qu'une faculté. Permettre n'est pas synonyme d'imposer » ; PELLISSIER Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 35 : « L'égalité par la loi, définie comme la possibilité donnée aux administrés d'invoquer l'égalité pour obtenir une règle adaptée à leurs situations, n'est pas reconnue par le droit positif ».

⁴² ATTAL-GALY Yaël, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.*, p. 348 : « Il ne s'agit nullement de méconnaître la nécessité d'introduire plus d'équité dans notre droit et nos institutions, il s'agit bien plutôt de souligner le risque de déstabilisation et d'éclatement de la société que représenterait l'utilisation intensive de l'équité en lieu et place de l'égalité » ; BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.*, p. 88 : « En prenant acte des différences de fait et en tentant de compenser les difficultés des plus démunis, la recherche de l'égalité des chances est en effet potentiellement stigmatisante et désintégratrice ».

⁴³ Par exemple, Benoît Jorion distingue entre les discriminations positives visant à rétablir une égalité de fait, dérogation à l'égalité, et les différences de traitement fondées sur une différence appréciable de situation (JORION Benoît, « Égalité et non-discrimination en droit public français », *op. cit.*, p. 151). À l'inverse, Delphine Tharaud définit les discriminations positives comme une mise en œuvre de l'égalité matérielle, le traitement différencié de groupes d'individus placés dans des situations différentes au regard des inégalités (THARAUD Delphine, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*).

situations différentes, que lorsqu'ils jugent que ceux-ci sont placés dans des situations identiques. Une telle différenciation constitue par principe, dans ce dernier cas, une rupture de l'égalité dans son sens formel, une discrimination en somme, fût-elle « positive ». Par exemple, on verra que les mesures paritaires ont été appréhendées par le Conseil constitutionnel comme des différences de traitement illégitimes, portant atteinte au principe d'égalité formelle⁴⁴ ; à l'inverse, les mesures préférentielles en faveur des mères de famille en matière de retraite ont été considérées comme légitimes du point de vue de l'égalité, le Conseil assumant pleinement dans ce contexte les inégalités de situations entre les sexes comme justification à la différence de traitement⁴⁵.

13. En tout état de cause, la confusion régnant au sein de la doctrine sur ce point semble relayer les incertitudes de la jurisprudence sur la question de la légitimité des différences de traitement⁴⁶. Celle-ci dépend du processus de comparabilité des situations lors de l'application du principe d'égalité par les juges. Ainsi, l'application d'un traitement identique ou d'un traitement différencié est conditionnée par un contrôle de la comparabilité des situations : l'exigence d'indifférenciation ne sera imposée qu'en cas de constat de l'analogie des situations entre les individus en cause⁴⁷. Or, la doctrine met en exergue le caractère arbitraire, subjectif et construit du processus de comparabilité⁴⁸ : des différences de situation peuvent toujours être trouvées entre deux individus⁴⁹, de sorte que la question essentielle que pose la majorité des auteurs est de savoir comment déterminer la similarité ou la différence entre deux situations⁵⁰. Il n'existe en effet pas de similitudes ou de différences de situation objectives qui détermineraient l'application de telle ou telle conception du principe d'égalité ; c'est au contraire le choix du cadre argumentatif opéré par les interprètes de l'égalité – sur le terrain de l'égalité formelle, matérielle ou réelle – qui les conduit à décider s'il y a ou non différence de situation et, par suite, si la différence de traitement

⁴⁴ Cons. constit., 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales.

⁴⁵ Cons. constit., 14 août 2003, n° 2003-483 DC, loi portant réforme des retraites.

⁴⁶ SEILLER Bertrand, « Contribution à la résolution de quelques paradoxes de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges Lachaux*, Dalloz, 2007, p. 988.

⁴⁷ SWEENEY Morgan, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 375. Le travail de comparaison constitue une « opération de mise en équivalence (ou équipollence) [...] : soit les situations sont différentes et la distinction est licite, soit au contraire les situations sont analogues et la différence de traitement est susceptible de constituer une violation du principe d'égalité. C'est en ce sens que la comparaison est consubstantielle à l'égalité ».

⁴⁸ ARDANT Philippe, « L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », *op. cit.*

⁴⁹ LOCHAK Danièle, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* n° 11, novembre 1987, p. 784 : « La similitude de deux situations ne se laisse pas appréhender de façon purement objective : on ne peut pas dire dans l'absolu que deux situations sont semblables ou différentes ; on ne peut le décider qu'en fonction d'une appréciation à la fois relative et inévitablement subjective – une appréciation qui portera non pas tant sur le caractère intrinsèquement différent ou semblable des situations que sur la pertinence de la distinction opérée au regard du contenu des règles litigieuses ».

⁵⁰ JOUANJAN Olivier, « Égalité », in ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 587 : « Il est banal de dire qu'entre deux situations données on trouvera toujours un nombre indéfini de ressemblances et de différences. Cependant, l'erreur vient de ce que les ressemblances et les dissemblances n'existent pas en soi mais toujours seulement pour un point de vue particulier. Toute la problématique d'application de l'égalité, dans un premier temps de la comparaison, consiste donc dans la recherche d'un point de vue comparatif, du *tertium comparationis*, d'après lequel seulement il est possible d'apprécier les ressemblances et les dissemblances pertinentes, "essentiels", entre les situations. Si l'on admet que les actes normatifs sont des instruments au service d'objectifs politiques (éthiques, culturels, sociaux, économiques, etc.), c'est en principe à l'aune du but poursuivi que se justifie un critère de classification normative ».

est ou non légitime. Dès lors, l'application du principe d'égalité et la légitimité de la prise en compte des différences demeurent grandement indéterminées⁵¹, soumises à la volonté des juges, rendant fort complexe la compréhension du principe⁵². Pour certains, ces incertitudes résultent du fait que l'égalité s'apparente à un concept « vide »⁵³, ne signifiant rien en tant que tel et ne permettant pas *a priori* de déterminer quelles différences de traitement sont ou non légitimes⁵⁴. En ce sens, « l'égalité n'est pas un état, mais un projet »⁵⁵, et plus précisément, un projet politique indéterminé qui peut revêtir de « multiples facettes »⁵⁶.

14. La complexité inhérente à la mise en œuvre du principe d'égalité mise en évidence par la doctrine⁵⁷, provenant de l'ambivalence des rapports entre celui-ci et les différences, rend extrêmement difficile la compréhension du principe d'égalité. Les débats, les divergences, les controverses souvent stériles à propos des significations du principe d'égalité et des qualificatifs à utiliser pour nommer ses différentes manifestations, ne font que renforcer l'incompréhension. Or, cette incompréhension est particulièrement manifeste s'agissant de l'égalité des sexes : la question de la légitimité de la prise en compte de la différence des sexes suscite, hier et encore peut-être plus aujourd'hui, une tension telle au sein du droit français qu'il apparaît indispensable de consacrer une étude spécifique à ce sujet.

II. Intérêt du sujet et problématique : la complexité du processus de légitimation de la différence des sexes au regard du principe d'égalité

15. La doctrine a pu constater que l'ambivalence inhérente au rapport de l'égalité avec les différences – entre légitimité et illégitimité – était tout aussi visible en matière d'égalité des sexes⁵⁸. Dans sa dimension historique, le rapport entre le principe d'égalité et la différence des sexes a

⁵¹ PELLISSIER Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, *op. cit.*, p. 121 : « L'étude du contenu du principe d'égalité renvoie l'image d'une norme potentiellement riche d'un grand nombre d'exigences. Son application par les pouvoirs publics sous le contrôle du juge révèle les choix opérés entre ces divers possibles ».

⁵² LOCHAK Danièle, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* n° 11, novembre 1987, p. 780 : « On aborde ici une zone de très grand flou, et l'on comprend que l'appréciation portée par ceux qui ont pour mission de traquer et de censurer les discriminations illégitimes – en pratique, le plus souvent les juges – ne puisse être que bien subjective, aléatoire et approximative ».

⁵³ WESTERN Peter, « The empty idea of equality », *Harvard Law Review*, vol. 95, janvier 1982, p. 547 : « Equality is entirely circular. It tells us to treat like people alike ; but when we ask who "like people" are, we are told they are "people who should be treated alike". Equality is an empty vessel with no substantive moral content of its own. Without moral standards, equality remains meaningless ».

⁵⁴ JOUANJAN Olivier, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum*, n° 7, mai 2012, point 1.2 : « Le principe d'égalité ne contient donc pas *en lui-même* la détermination de ce qui doit être considéré comme étant "essentiellement" égal, c'est-à-dire le principe ou la valeur, les *raisons substantielles* d'après lesquels il convient d'assimiler ou, au contraire, de discriminer deux situations données pour conclure à la nécessité d'une égalité de traitement ou, au contraire, à la possibilité d'une inégalité de traitement ».

⁵⁵ ATTAL-GALY Yaël, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.*, p. 249.

⁵⁶ BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 153.

⁵⁷ MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 19 : « L'égalité apparaît encore bien souvent comme une notion extrêmement complexe revêtant une signification équivoque ».

⁵⁸ MICOU Évelyne, *L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels*, Presses universitaires de Perpignan, 1997, p. 320 : « Identité de droits et différenciation doivent se conjuguer pour réaliser la polyvalence sexuelle » ; ROTKOPF Patricia, *Le principe de non-discrimination en raison du sexe*, Thèse en droit public, Université Paris Sud, Faculté Jean Monnet, 2004.

ainsi été construit selon un modèle « dialectique »⁵⁹, appréhendé comme une évolution en plusieurs stades. Tout d'abord, au premier stade de l'égalité, correspondant à la période s'étendant de la Révolution française à la fin de la Seconde Guerre mondiale, les différences de traitement entre les sexes n'étaient pas considérées comme contraires à l'égalité, car les femmes et les hommes étaient définis comme étant dans des situations différentes – ce qui rendait de telles différences de traitement légitimes. Mais par la suite, surtout après la Libération, et de façon plus importante à partir des années 1970, la remise en cause progressive des différences de situation entre les femmes et les hommes a conduit à réaliser une identité de traitement sur le fondement des principes d'égalité formelle et de non-discrimination. La troisième étape de l'égalité des sexes, qui apparaît et se dissémine dans divers instruments juridiques à compter des années 1980, correspond à une revalorisation de la différence de traitement entre les sexes – cela notamment afin de remédier aux inégalités de fait persistantes et réaliser ainsi l'égalité réelle⁶⁰.

16. Ces grandes étapes, si elles constituent des points de repère, ne sauraient toutefois être vues comme obéissant à un processus linéaire. La tension entre l'égalité par l'indifférenciation et l'égalité par la valorisation des différences a en effet toujours existé, tant au sein des mouvements de revendication de l'égalité des sexes⁶¹, qu'au sein du droit⁶². L'historienne Joan Scott a ainsi souligné les écueils d'une opposition entre universalisme et différencialisme (c'est-à-dire entre l'égalité par l'indifférenciation et l'égalité par la différenciation) en critiquant une solution définitive, totalisante, soit de l'une soit de l'autre approche : « Les individus et les groupes, l'égalité et la différence ne sont pas des concepts opposés, mais sont interdépendants et nécessairement en tension »⁶³. Cette nécessaire tension entre les deux types de rapports de l'égalité à la différence des sexes interroge néanmoins la manière dont le droit appréhende cette tension : à partir de quel moment la différenciation entre les sexes devient-elle contraire à l'égalité ? Cette question rejoint le « dilemme de la différence » mis en avant par Martha Minow⁶⁴

⁵⁹ ROSENFELD Michel, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *op. cit.*, p. 177.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 177 : « L'égalité dans la deuxième étape, avec sa vision de l'égalité comme identité, encourage une individualisation encore plus poussée, en minimisant la différence à travers une plus grande abstraction. Ainsi, par exemple, pour obtenir la parité dans un monde du travail fait pour les besoins et les volontés des hommes, les femmes doivent se débarrasser de leurs caractéristiques communautaires comme la capacité d'élever des enfants et la responsabilité (sociale) d'enfanter. L'égalité dans la troisième étape, comme nous l'avons vu, prône une revalorisation de la différence, cette fois dans un but de réconcilier la différenciation et l'égalité plutôt que de la rattacher à l'inégalité ».

⁶¹ DORLIN Elsa, *L'évidence de l'égalité des sexes*, Paris, L'Harmattan, 2000.

⁶² HALLEY Janet, « Le genre critique : comment (ne pas) genrer le droit ? », *Jurisprudence, Revue critique*, 2011, p. 114 : « Le droit en tant qu'il est objectif et formel doit établir l'égalité formelle au profit des femmes et ainsi traiter les femmes et les hommes de manière identique. Et le droit, en tant qu'il est concret et contextualisé, doit établir l'égalité substantielle au profit des femmes, parvenir à une égalité concrète et ainsi réserver un traitement particulier aux femmes enceintes, même si cela implique de les traiter mieux que les hommes ».

⁶³ SCOTT Joan, « L'énigme de l'égalité », in *L'égalité, une utopie ?*, *Cahiers du genre* n° 33, 2002, p. 21.

⁶⁴ MINOW Martha, *Making All the Difference. Inclusion, exclusion, and american law*, Cornell University Press, Ithaca, 1990.

et repris par certains auteurs en France⁶⁵. Le dilemme de la différence est présenté par le biais de deux questions : « a) À partir de quel moment le traitement différencié des personnes a-t-il pour effet de mettre l'accent sur ces différences, et de stigmatiser ces personnes à cause de cette différence ? b) À partir de quel moment le traitement similaire des personnes a-t-il pour effet de faire preuve d'insensibilité à leurs réalités et risque-t-il de les stigmatiser précisément parce qu'on ignore ces différences ? »⁶⁶ Or, la résolution du « dilemme de la différence » – et donc, en somme, de la question de la légitimité de la prise en compte juridique des différences au nom de l'égalité – déjà inhérente au principe d'égalité en général, semble particulièrement complexe s'agissant du rapport entre l'égalité et la différence des sexes, voire impossible à résoudre⁶⁷. La tension entre égalité des sexes par l'indifférenciation et égalité des sexes par la différenciation fait en effet aujourd'hui figure de question très sensible en droit français.

17. Le traitement juridique de la différence des sexes en droit français entraîne aujourd'hui des réticences antagonistes de la part du législateur, des juges et de la doctrine, qui rendent difficile la compréhension des rapports entre l'égalité et la différence des sexes. Ainsi, d'une part, certains discours s'opposent à la remise en cause de la différenciation juridique entre les sexes par une application totalisante de l'égalité interprétée comme exigence d'indifférenciation. Cette inquiétude s'est par exemple manifestée lors de la réforme de 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe. La volonté de maintenir la différence des sexes dans la définition de la parenté a notamment abouti à refuser aux couples de femmes l'accès à la procréation médicalement assistée alors même que cela était initialement envisagé. Il en va de même des difficultés rencontrées par les personnes transgenres pour procéder au changement de sexe sur les registres d'état civil⁶⁸, ou encore du refus par les juges civils de reconnaître un troisième sexe sous la mention « sexe neutre »⁶⁹. Tout ceci témoigne en effet d'une volonté de maintenir une différenciation binaire entre les sexes, pensée dès lors comme horizon indépassable, comme « le butoir ultime de la pensée » pour reprendre les mots de Françoise Héritier⁷⁰. De telles résistances sont liées à un amalgame entre deux sens que peut revêtir

⁶⁵ LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, p. 657-687.

⁶⁶ BELLEAU Marie-Claire, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2001, p. 28.

⁶⁷ ROSENFELD Michel, « Le principe d'égalité appliqué aux femmes dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, novembre 1998, URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-principe-d-egalite-applique-aux-femmes-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-supreme-americaine> : « Dans un monde idéal, l'égalité constitutionnelle devrait tenir compte de toutes les similarités et de toutes les différences pertinentes. Toutefois, dans une société pluraliste où la notion du bien varie fortement en fonction de l'individu, il n'est pas réaliste d'espérer obtenir un consensus sur la pertinence d'un large éventail de points communs et de différences ».

⁶⁸ Voir la jurisprudence de la Cour de cassation s'agissant de l'interprétation stricte des conditions pour changer de sexe, dont la condition de l'irréversibilité de l'apparence physique : Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n° 10-26947 et n° 11-22490.

⁶⁹ CA Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1915, confirmé par Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n° 16-17189.

⁷⁰ HÉRITIER Françoise, *Masculin, Féminin. La pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 19.

l'expression « différence des sexes » en droit. Celle-ci peut en effet désigner tant les *différences de traitement juridique* entre les femmes et les hommes – telles que l'exclusion, dans le passé, des femmes du droit de vote ou des épouses de la capacité juridique – que les *différences de situation* existant dans les faits – allant des différences physiologiques (la grossesse demeurant une capacité spécifique aux femmes) aux inégalités sociales (par exemple, le fait que les femmes soient davantage victimes de violences sexuelles que les hommes). Or, les craintes susmentionnées présupposent que la remise en cause des différences de traitement juridique entre les hommes et les femmes (la différence des sexes dans son sens premier) aboutirait nécessairement à un effacement de la différence de situation entre les sexes (la différence des sexes dans son sens second). En somme, l'égalisation des traitements juridiques conduirait à remettre en question la distinction sociale entre les femmes et les hommes.

18. D'autre part, d'autres discours se sont à l'inverse opposés à une différenciation entre les sexes, mais précisément lorsque celle-ci tendait à lutter contre les inégalités de fait. Malgré l'adoption croissante de mesures différencialistes au sein de nombres d'instruments de droit positif visant la réalisation d'une égalité de fait entre les femmes et les hommes, de telles différences de traitement ont ainsi suscité de fortes oppositions. Ainsi, les actions positives adoptées pour favoriser l'accès des femmes aux fonctions politiques et aux responsabilités professionnelles et sociales ont rencontré de nombreuses réticences de la part des juges, des parlementaires et de la doctrine. Dans ce contexte, l'égalité des sexes comme exigence d'indifférenciation a, cette fois-ci, été invoquée comme conception prédominante de l'égalité ; cela afin de remettre en cause l'adoption de telles mesures différencialistes, jugées pourtant légitimes par le législateur ou le pouvoir réglementaire. La différence des sexes dans son premier sens (entendue comme différence de traitement juridique) est dès lors apparue comme illégitime, car l'application de l'égalité formelle présuppose qu'hommes et femmes sont placés dans des situations analogues. Ces résistances aux actions positives rejoignent un rejet plus général de la différenciation entre les sexes dans un but égalitaire, comme le montre le rejet encore récent de l'« écriture inclusive » par l'Académie française – allant jusqu'à évoquer un « péril mortel »⁷¹ – et par le gouvernement⁷².

⁷¹ Déclaration de l'Académie française sur l'écriture dite « inclusive » adoptée à l'unanimité de ses membres dans la séance du jeudi 26 octobre 2017 : « L'Académie française est sensible aux évolutions et aux innovations de la langue, puisqu'elle a pour mission de les codifier. En cette occasion, c'est moins en gardienne de la norme qu'en garante de l'avenir qu'elle lance un cri d'alarme : devant cette aberration "inclusive", la langue française se trouve désormais en péril mortel, ce dont notre nation est dès aujourd'hui comptable devant les générations futures ».

⁷² Circulaire du 21 novembre 2017 relative aux règles de féminisation et de rédaction des textes publiés au *JORF*, NOR : PRMX1732742C : « Je vous invite, en particulier pour les textes destinés à être publiés au Journal officiel de la République française, à ne pas faire usage de l'écriture dite inclusive, qui désigne les pratiques rédactionnelles et typographiques visant à substituer à l'emploi du masculin, lorsqu'il est utilisé dans un sens générique, une graphie faisant ressortir l'existence d'une forme

19. Par conséquent, le traitement juridique de la différence des sexes en droit français suscite des réactions pour le moins antagonistes sur le plan idéologique, tantôt en faveur, tantôt en défaveur d'une inscription dans le droit de la différence des sexes, aboutissant à complexifier la compréhension des rapports entre l'égalité et la différence des sexes⁷³. Dans certains cas, le processus d'indifférenciation entre les sexes, mené au nom du principe d'égalité, est considéré comme illégitime car contribuant à remettre en cause la différence des sexes au sein de la société. Dans d'autres, ce sont les différences de traitement entre les sexes – prises dans le cadre de l'égalité réelle – qui sont considérées comme illégitimes car contraires à l'exigence d'indifférenciation entre les sexes, liée à l'application de l'égalité dans son sens formel.

20. En outre, non seulement la question de la différence des sexes et son articulation au principe d'égalité demeurent controversées, mais elle l'est en outre de manière assez singulière. En effet, dans d'autres cas d'application des principes d'égalité et de non-discrimination, les processus d'indifférenciation ou de différenciation semblent plus assumés et suscitent bien moins de tensions. Ainsi, le droit français apparaît plus déterminé s'agissant des différences de traitement fondées sur la race ou l'origine : celles-ci sont interdites de façon absolue⁷⁴. Il existe en effet un large consensus pour les considérer toujours comme des discriminations, ou en d'autres termes, comme des différences de traitement illégitimes, de sorte que la question de la légitimité de la prise en compte du critère de la race est rapidement résolue dans le contexte français, les différences de situation entre les « races » n'étant pas concevables⁷⁵. À l'inverse, certaines différences de traitement apparaissent comme parfaitement légitimes et sont largement admises dans une logique d'« équité »⁷⁶. Par exemple, le droit français admet de traiter certains territoires selon des statuts particuliers – tels que les collectivités d'outre-mer, la Corse ou encore la Nouvelle-Calédonie – et de reconnaître la libre administration des collectivités territoriales – permettant l'adaptation aux situations particulières de chaque collectivité –, sans que cela ne soit interprété comme portant atteinte au principe d'égalité et au principe d'indivisibilité de la

féminine. Outre le respect du formalisme propre aux actes de nature juridique, les administrations relevant de l'État doivent se conformer aux règles grammaticales et syntaxiques, notamment pour des raisons d'intelligibilité et de clarté de la norme ».

⁷³ Pour certains auteurs, cette complexité se traduit par le fait que l'égalité des sexes a conduit à inscrire le principe de parité – et par conséquent la différence des sexes – dans la Constitution, alors que la réforme ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a conduit à l'effacement de la différence des sexes : MORANGE Jean, « Une exigence des droits de l'homme », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant*, Institut Famille et République, 2016, p. 113 : « L'égalité entre les citoyens transcendait toutes les différences. Puis, c'est en contradiction avec cette approche typiquement française que la volonté de réaliser la "parité" a acquis un ancrage constitutionnel [...]. La justification en est que l'altérité homme-femme est fondamentale dans les sociétés humaines... sauf, désormais, dans le mariage ! Le principe d'égalité entre homme et femme est, au terme de ces évolutions, devenu incompréhensible ».

⁷⁴ PELLISSIER Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, op. cit., p. 53 : « L'égalité est un principe absolu lorsqu'elle concerne la race, l'origine et la religion ».

⁷⁵ Sur cette question, voir BENICHOU Sarah, *Le droit à la non-discrimination raciale. Instruments juridiques et politiques publiques*, Thèse pour le Doctorat de droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011.

⁷⁶ BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op. cit., p. 274 : « L'équité, lorsqu'elle devient une dimension du droit, rompt donc avec la conception traditionnelle de la généralité de la règle : elle vise à ajuster au mieux les normes à leurs destinataires, et ce dès lors adoption ».

République posé à l'article 1^{er} de la Constitution⁷⁷. On pourrait penser que ces différences de traitement sont plus facilement admises car elles ne distinguent pas entre des individus ou des groupes d'individus, en fonction de certaines caractéristiques, mais entre des territoires. Pourtant, la légitimité des différences de traitement est encore pleinement admise s'agissant de la correction d'inégalités touchant certains groupes d'individus, tels que les personnes handicapées⁷⁸ : dans ce cas, la mise en place de traitements différenciés est même reconnue, sans difficulté, comme une condition de réalisation du principe d'égalité⁷⁹. Au regard de ces différents exemples, le droit français semble ainsi bien plus nuancé s'agissant de la question de la légitimité des différences de traitement fondées sur le sexe : dans certains cas, de telles différenciations apparaîtront légitimes car nécessaires au maintien de la différence de situation entre les sexes ou à la lutte contre les inégalités, tandis que dans d'autres, elles seront considérées comme illégitimes car heurtant l'égalité formelle fondée sur l'indistinction entre les sexes.

21. Dès lors, si la présente étude s'inscrit dans la lignée des travaux relatifs au principe d'égalité, elle n'entend pas s'en tenir à une analyse des différents sens de l'égalité des sexes. Bien au-delà, la question fondamentale que l'on voudrait aborder dans les développements à venir est celle de savoir comment les acteurs du droit déterminent le point de passage entre une différence de traitement légitime et une différence de traitement illégitime du point de vue de l'égalité des sexes. En d'autres termes, à quel moment la différence de traitement entre les sexes constitue-t-elle une discrimination, et à quel moment constitue-t-elle une différence légitime ? On s'efforcera à cet égard de défendre l'idée suivante : si le principe d'égalité des sexes a été progressivement construit pour remettre en cause les différences de traitement entre les sexes, assimilées à des distinctions illégitimes, un tel projet politique bute en dernier ressort sur l'impossibilité pour le droit de remettre en cause la différence des sexes. La légitimité de la différenciation entre les sexes apparaît en effet à deux niveaux : dans le cadre même du principe d'égalité qui, dans une conception renouvelée, admet la différence des sexes dans le but de lutter contre les inégalités de fait ; mais également en dehors du principe d'égalité, s'agissant de la construction juridique de la personne, qui demeure profondément attachée à la division binaire entre les sexes.

⁷⁷ GRÜNDLER Tatiana, « La République française, une et indivisible ? », *RDP*, n° 2, mars 2007, p. 445 : « Il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que l'indivisibilité de la République ne signifie pas l'intangibilité du territoire. Elle n'implique pas non plus une uniformité statutaire, le Conseil constitutionnel confirmant la possibilité pour le législateur de créer une collectivité territoriale à exemplaire unique et l'autorisant à la doter d'un statut spécifique ».

⁷⁸ Notamment la loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 obligeant les employeurs privés et publics de plus de vingt salariés d'instaurer un quota de 6 % de travailleurs handicapés au sein de leur effectif (voir BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p. 247).

⁷⁹ Voir l'exposé des motifs de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées : « L'égalité des droits et des chances [...] implique que la nouvelle législation organise de manière systématique l'accès des personnes handicapées au droit commun, qu'elle adapte celui-ci ou le complète par des dispositifs spécifiques afin de garantir, en toutes circonstances, une réelle égalité d'accès aux soins, au logement, à l'école, à la formation, à l'emploi, à la cité et de reconnaître ainsi la pleine citoyenneté des personnes handicapées ».

III. Méthodologie de la recherche : une étude des discours de légitimation de la différence des sexes

22. Il s'agit donc avant tout dans le cadre du présent travail d'appréhender les différents types de « rapports » qu'entretiennent l'égalité et la différence des sexes. Il convient donc d'interroger la manière dont les acteurs du droit chargés de la mise en œuvre de l'égalité interprètent le principe d'égalité comme s'opposant ou au contraire comme impliquant la différenciation entre les sexes. Le rapport de l'égalité à la différence des sexes est soumis à des évolutions, au gré des processus de légitimation et de délégitimation des différences de traitement entre les sexes, lesquels sont influencés en amont par le contexte sociopolitique. De nombreuses interprétations du principe d'égalité existent : elles varient selon leur interprétation politique, allant d'une égalité formelle, dans une perspective d'indifférenciation des énoncés juridiques au regard du sexe, à une égalité réelle, dans une perspective de lutte contre les inégalités de fait, jusqu'à une égalité transformative visant une évolution des rôles sociaux masculins et féminins. Il convient, à ce stade, d'apporter quelques précisions méthodologiques quant au choix de l'*objet* – les discours relatifs au principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes –, mais aussi relativement au *sujet* de l'étude – les processus de légitimation et de délégitimation de la différenciation entre les sexes.

23. **Objet de l'étude.** Si la présente thèse porte sur la façon dont *le droit* articule le principe d'égalité et la différence des sexes, le droit est ici appréhendé comme un « langage »⁸⁰, « un ensemble de discours qui expriment des normes » ou, plus précisément, « l'ensemble des énoncés produits par des autorités habilitées par un ordre juridique (parlement, juges administration...) »⁸¹. Appréhender ainsi le droit permet de prêter une attention particulière aux *significations* dont sont revêtus les énoncés juridiques. Une telle approche se révèle pertinente dans le cadre d'une étude sur le principe d'égalité, étant donné que sa signification fait l'objet d'importantes controverses : elle permet de mettre l'accent sur la diversité des significations attribuées par les autorités normatives et la doctrine au principe juridique d'égalité dans son rapport à la différence des sexes. Le signifiant – l'énoncé prévoyant le principe d'égalité dans la Constitution – est ainsi sujet à une multitude de signifiés variant d'un acteur du droit à l'autre selon le jugement que ceux-ci portent sur la différence des sexes. C'est précisément la variabilité de ces différents signifiés qu'il est intéressant de mettre en évidence dans le cadre de ce travail.

⁸⁰ MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 64 : « Le système juridique attache des effets juridiques à des actes de langage. Étudier de manière critique le langage juridique, établir ce qu'il est, *la manière dont des significations sont retenues*, est bien sûr une nécessité pour la science du droit » (nous soulignons).

⁸¹ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 114 et 258.

24. Concevoir le droit comme un discours implique d'accorder une importance particulière accordée aux *acteurs* en charge de l'interprétation du principe d'égalité. La théorie réaliste de l'interprétation⁸² s'avère un cadre utile pour rendre compte du rôle primordial des « interprètes authentiques »⁸³, et parmi eux des juges⁸⁴, s'agissant de la variabilité des significations accordées au principe d'égalité – entre les différentes juridictions, mais aussi au sein d'une même juridiction lors de revirements de jurisprudence. Il ne s'agit pas pour autant de négliger le rôle du législateur dans la construction des énoncés juridiques relatifs à l'égalité, ne serait-ce que parce que ces textes sont source de contraintes pour les juges lorsqu'ils cherchent à déterminer un sens à ce principe. La théorie réaliste permet précisément de penser l'interprétation concurrente, par différentes autorités, de mêmes textes. Il s'agira donc d'examiner autant les discours relatifs à la construction des énoncés juridiques portant sur l'égalité – notamment par l'étude des débats parlementaires et des rapports institutionnels – que les discours d'application de ceux-ci. L'analyse des discours doit par ailleurs se détacher d'une certaine approche « formaliste » du droit⁸⁵ qui se limiterait à étudier le droit positif. On s'attachera à montrer l'importance du *contexte sociopolitique* dans lequel ils sont produits, indispensable pour expliquer l'évolution des rapports entre le principe d'égalité et la différence des sexes. En outre, en prenant comme objet d'étude les discours relatifs à la signification du principe d'égalité, il n'apparaît pas envisageable de s'en tenir à une analyse des discours normatifs : les « métadiscours » de la doctrine construisent eux-mêmes, on l'a vu, une pluralité de sens attribués au principe d'égalité dans son rapport à la différence des sexes. Ils participent ainsi pleinement – par leur « influence sur la production des textes et de la jurisprudence »⁸⁶ – aux processus de légitimation et de délégitimation de la différenciation juridique entre les sexes.

25. **Sujet de l'étude.** La variation des significations du principe d'égalité dans son rapport à la différence des sexes dépend des discours de justification produits par les interprètes de l'égalité.

⁸² TROPER Michel, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 4^e édition, 2015, p. 99 : « L'interprétation est une fonction de la volonté. Tout énoncé est doté non pas d'une, mais de plusieurs significations entre lesquelles il s'agit de choisir. Ce choix ne correspond pas à une réalité objective, mais traduit seulement les préférences subjectives de celui qui l'exprime ».

⁸³ *Ibid.*, p. 100 : « Dans le vocabulaire de Kelsen, l'interprétation authentique n'est pas seulement celle qui émane de l'auteur de l'acte, mais plus généralement celle qui est donnée par une autorité habilitée à interpréter ».

⁸⁴ Voir sur ce point : SWEENEY Morgan, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse pour le Doctorat de droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010. Le cadre d'analyse de l'auteur est précisément « les usages de l'exigence d'égalité par les "interprètes authentiques" que sont les juges et les relations qu'elle suppose entre les différentes juridictions ».

⁸⁵ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 47 : « Le formalisme peut renvoyer à un mode de définition ou de délimitation de l'objet d'analyse. *Stricto sensu*, une délimitation formaliste de l'objet "droit" consiste à n'analyser que le droit positif et rien que le droit positif [...]. Est alors délaissée l'étude des fonctions sociopolitiques ou du contenu de ces normes [...]. Le formalisme est également associé à la décontextualisation de l'analyse du droit. Le droit n'est alors étudié que pour lui-même sans considération du contexte de sa production ni de ses fonctions ou effets politiques ou sociaux ».

⁸⁶ CARAYON Lisa, *La catégorisation des corps. Étude sur l'humain avant et après la mort*, Thèse pour le Doctorat de droit, Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, 2016, p. 16 : « Expertises multiples (auditions parlementaires, consultations...) mais aussi, indirectement, usage des écrits doctrinaux par les avocats dans leurs conclusions, inspiration des magistrats dans la rédaction de leurs décisions, etc. ».

Le travail de l'interprète est de démontrer la légitimité ou l'illégitimité de telle ou telle différenciation entre les sexes, en fonction du contexte. C'est précisément ce *processus de légitimation* qui constitue notre sujet d'étude ; il s'agit donc de le définir et d'en préciser les implications méthodologiques.

26. Dans le contexte du droit, la notion de légitimation est souvent utilisée dans le langage de la théorie de l'État, où elle renvoie au « procédé par lequel un pouvoir ou un régime politique parviennent à susciter et à maintenir l'adhésion des citoyens »⁸⁷. Si cette définition a *a priori* peu à voir avec le travail des interprètes de l'égalité, la notion de « légitimation » renvoie bien, dans les deux cas, à des caractéristiques communes. D'une part, elle décrit un processus de *justification* – du pouvoir de l'État d'un côté (notamment le pouvoir de contrainte), et du pouvoir de différenciation de l'autre. D'autre part, elle implique des « jugements de légitimité » – de la part des sujets du régime d'un côté, et de la part des interprètes de l'égalité de l'autre – comportant une dimension axiologique⁸⁸. On appelle en effet « “légitime” » une décision ou une action conforme à une valeur ou à une norme et qui, en raison de cette conformité, doit être exécutée »⁸⁹. Si la légitimité peut être conçue d'un point de vue « interne » au système juridique, lorsqu'elle désigne une norme ou une action « accomplie conformément à une norme du système »⁹⁰ – et se confond alors avec la « validité »⁹¹ –, elle peut l'être aussi d'un point de vue « externe », pour désigner la conformité à des normes ou à des valeurs « extrasystémiques »⁹², bien que ces valeurs se trouvent intégrées dans l'ordre juridique dès lors qu'elles sont mobilisées par les autorités normatives⁹³. Or, s'agissant de la différenciation entre les sexes, c'est bien la légitimité externe qu'il apparaît pertinent d'étudier : l'indétermination de la règle générale d'égalité implique de la part des interprètes un recours à des valeurs extrajuridiques pour déterminer si hommes et femmes doivent être traités de manière identique ou différente : « L'application du principe réside donc essentiellement dans la recherche de justification [...]. La justification doit

⁸⁷ CASTIGNONE Silvana, « Légitimation », in ARNAUD André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 342.

⁸⁸ GOYARD-FABRE Simone, « Légitimité », in ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 933 : « Mettant l'accent sur l'impossibilité de la neutralité axiologique dans un jugement de légitimité, Nberto Bobbio, dans sa *Theoria della norma giuridica*, montre que l'attachement à la forme ne peut pas être le signe critériologique de la neutralité juridique ».

⁸⁹ TROPER Michel, « Le monopole de la contrainte légitime (légitimité et légalité dans l'État moderne) », « Violence et politique », Colloque de Cerisy 1994, *Lignes*, n° 25, mai 1995, p. 37.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁹¹ ARNAUD André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 344 : Les positivistes renvoient ainsi à la « légitimité formelle », comme Kelsen, « pour qui le principe de légitimité s'identifie à la notion de validité, résolue intrasystématiquement par la structure normative de l'ordonnement juridique ».

⁹² TROPER Michel, « Le monopole de la contrainte légitime (légitimité et légalité dans l'État moderne) », *op. cit.*, p. 37.

⁹³ JOUANJAN Olivier, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 16, 1992, p. 138 : « L'appréciation du caractère discriminatoire d'une règle ne peut s'opérer qu'en fonction de valeurs de référence. Ces valeurs ne peuvent provenir que du système juridique lui-même. Soit de normes supérieures à la règle en cause, la constitution par exemple, soit de cette règle même. C'est dans cette dernière possibilité que réside le pouvoir discrétionnaire de l'autorité qui édicte la règle. À défaut de norme supérieure contraignante, cette autorité est libre, à l'égard de l'égalité, de choisir ses valeurs, c'est-à-dire les principes et les buts de l'action qu'elle traduit par l'édition d'une règle de droit ».

s'établir à un double niveau : elle comporte un jugement de réalité et un jugement de valeur. Il faut d'ailleurs préciser que la règle d'égalité n'indique pas quelles sont les réalités ni les valeurs pertinentes »⁹⁴. Ainsi, à des époques différentes, les autorités normatives ont justifié la différence de traitement entre les sexes de manière diverse selon le contexte sociopolitique : elles ont dans le passé pu faire le choix d'une inégalité de traitement lorsqu'ils estimaient qu'hommes et femmes étaient placés dans une situation différente au regard des rôles sociaux ; elles ont plus récemment pu procéder à une différenciation, cette fois-ci dans une perspective de lutte contre les inégalités de fait. Ces prises de décision sont animées par des choix axiologiques, reposant sur des valeurs – ici opposées : le maintien de rôles sociaux hiérarchisés pour le premier cas et la recherche de la justice sociale pour le second.

27. Si le sujet implique l'étude des jugements de valeur portés par les interprètes de l'égalité, il ne s'agit pas pour autant de prendre position sur ces valeurs à travers une démarche prescriptive, mais de conserver la distance du chercheur vis-à-vis de son objet d'étude. Il n'est pas ici question de proposer une énième façon de concevoir l'égalité dans ses rapports à la différenciation, mais plutôt d'adopter une approche descriptive qui prend au sérieux les discours produits par les acteurs pour justifier leurs décisions. Il s'agira de comprendre comment ces derniers mobilisent le « principe d'égalité » – ou refusent de le mobiliser –, dans une perspective diachronique, qui permet de rendre compte de l'évolution des significations attribuées à cette expression. L'analyse des processus de légitimation implique donc d'étudier les jugements de valeur produits par les interprètes de l'égalité, tout en conservant une posture neutre⁹⁵ : « Si le scientifique peut décrire la présence de normes exprimant des valeurs dans les ordres juridiques (liberté, égalité, dignité...), cela ne signifie ni qu'il y adhère, ni que ces valeurs soient vraies ou fausses. Ce qui est vrai ou faux est le fait qu'elles soient ou non énoncées dans des ordres juridiques observés »⁹⁶.

28. Pour autant, l'adoption d'une telle exigence de neutralité n'empêchera pas la présente thèse de dépasser la simple description des rapports entre le principe d'égalité et la différence des sexes, pour retenir une approche critique sur le droit. Le discours critique du chercheur peut

⁹⁴ *Ibid.*, p. 138. Selon l'auteur, le premier type de justification porte sur le choix des catégories à comparer, tandis que le second moment de la justification concerne les valeurs déterminant le caractère discriminatoire de la différence de traitement.

⁹⁵ Notre posture théorique s'inscrit ainsi dans le cadre du *positivisme méthodologique*, qui distingue, d'un côté, le langage du droit, prévoyant « ce qui doit être » et, de l'autre, le métalangage de la science du droit, énonçant « ce que le droit est ». Il faut en ce sens séparer le discours du droit sur le principe d'égalité, empreints de valeurs, qui ne sont pas neutres sur le plan axiologique, et notre propre discours sur le droit, qui entend adopter l'exigence de neutralité axiologique. Une telle posture est fondée sur le non-cognitivism éthique, qui postule la séparation entre les faits (ce qui est), pouvant être « vérifiée ou infirmée par l'observation » et les valeurs (ce qui doit être), qui sont « l'expression d'émotions », de « préférences morales ou idéologiques » et ne peuvent dès lors faire « l'objet d'une connaissance objective » (CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 113). Mais dire que la connaissance des valeurs ne peut « jamais être directe » ne signifie pas que les « jugements de valeur » produits par les interprètes de l'égalité ne puissent pas faire l'objet d'une connaissance scientifique (MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 12-13).

⁹⁶ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 113.

certes s'entendre, dans un premier sens, comme consistant à formuler des jugements de valeur, « une appréciation en termes de bien et mal, de bon ou de mauvais, d'acceptable ou de non acceptable, de satisfaisant ou de non satisfaisant, en l'occurrence, du contenu ou de la structure des normes juridiques »⁹⁷. Mais on choisira ici de retenir une proposition critique entendue, dans un second sens, comme impliquant une « attitude de connaissance » ouvrant sur « des discours d'explication, de dévoilement des présupposés »⁹⁸. Il s'agira plus précisément, à partir d'un point de vue externe sur le droit, de déployer une démarche d'*explication* de l'évolution des rapports entre le principe d'égalité et la différence des sexes, par le *dévoilement* des processus de légitimation et de délégitimation de celle-ci. On s'attachera ainsi à la décomposition des discours juridiques, afin de mettre en évidence que les « concepts qui structurent les discours des acteurs juridiques et de la dogmatique [ici l'égalité] sont porteurs de significations multiples et contradictoires »⁹⁹. Une telle contradiction se donne à voir dans le fait que le droit vise à remettre en cause la hiérarchie entre les sexes au nom du principe d'égalité, mais produit lui-même la différenciation entre les sexes permettant le maintien d'une telle hiérarchisation. La perspective critique permettra, par conséquent, de dévoiler l'absence de neutralité du droit dans la construction de la différence des sexes¹⁰⁰, le processus de catégorisation n'étant jamais neutre mais issu de rapports de force axiologiques.

IV. Champ de l'analyse et démarche de la thèse : l'égalité des sexes s'opposant à la hiérarchie de genre mais non à la différence des sexes

29. L'analyse des rapports entre le principe juridique d'égalité et la différence des sexes implique nécessairement un champ de recherche assez large, en particulier en raison de la diversité des différentes branches du droit dans lesquelles il se manifeste : le droit constitutionnel, le droit de la famille, le droit du travail, le droit de la fonction publique, le droit social ou encore le droit pénal. Cependant, l'étude des manifestations de l'égalité des sexes implique de réfléchir non pas en termes de branches du droit, mais plutôt en termes de droits : il s'agit bien de s'interroger sur l'égalité des droits civils, des droits sociaux et des droits politiques. Le champ de l'étude porte donc aussi bien sur le droit public que sur le droit privé ; même si, au regard de l'ampleur d'une telle entreprise, l'analyse s'en tient seulement à des exemples choisis pour leur caractère particulièrement significatif et ne saurait prétendre à l'exhaustivité.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 296.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 26. OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987.

⁹⁹ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁰⁰ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, MÖSCHEL Mathias, ROMAN Diane, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 20.

30. Il s'agira ainsi de montrer, dans un premier temps, que le rapport de l'égalité à la différence des sexes a progressivement été construit, tout au long du XX^e siècle, comme un rapport d'opposition. Le projet politique rattaché au principe d'égalité des sexes proclamé en 1946 a en effet peu à peu été orienté vers une exigence d'indifférenciation des énoncés législatifs au regard du sexe et à une consécration d'un principe de non-discrimination en raison du sexe, sous l'influence notamment du droit européen. Le droit a ainsi procédé à une délégitimation progressive des différences de traitement fondées sur le sexe, à rebours des inégalités de traitement autorisées depuis la Révolution française sous l'égide même du principe d'égalité. De telles différences de traitement – allant du refus du droit de vote à l'incapacité juridique des femmes mariées – étaient en effet considérées jusqu'au milieu du XX^e siècle comme légitimes du point de vue de l'égalité formelle. Elles étaient alors fondées sur l'idée que des différences fondamentales de situations opposaient les femmes et les hommes – une idée alimentée par des discours prônant leur nécessaire complémentarité et la division entre la sphère publique (réservée aux hommes) et la sphère privée ou domestique (assignée aux femmes). La prise en compte des revendications égalitaires par le droit a dès lors conduit à considérer de telles différences de traitement comme des inégalités illégitimes – en somme, comme des discriminations – en reconnaissant progressivement qu'hommes et femmes se trouvaient en fait dans des situations similaires. L'artifice consistant à effacer la différence des sexes dans les énoncés juridiques a ainsi permis d'opérer une égalisation des traitements juridiques sans remise en cause du paradigme de l'égalité formelle. Celle-ci requiert en effet, à travers le processus de comparabilité, le constat d'une analogie des situations pour pouvoir procéder à une identité de traitement. La prédominance d'une interprétation formelle de l'égalité a alors conduit à présupposer que les femmes et les hommes étaient, par principe, placés dans des situations identiques et à construire ainsi un rapport d'opposition entre l'égalité et la différence des sexes fortement ancré dans le droit.

31. La persistance du paradigme de l'égalité formelle a ainsi conduit à considérer les mesures positives différencialistes comme des dérogations à celui-ci. Les résistances des interprètes de l'égalité – en particulier du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État – à accepter d'envisager des différences de traitement visant à réaliser l'égalité réelle, telles que les mesures en faveur de la parité, permettent de mesurer la difficulté pour ces autorités d'admettre la légitimité de ce type de mesures. Ces actions positives demeurent considérées par ces instances comme des dérogations à l'égalité formelle, ce qui prouve que les femmes et les hommes sont considérés comme étant dans des situations identiques : en effet, admettre que ces différences de traitement seraient justifiées par une différence de situation entre les femmes et les hommes – par exemple dans l'accès aux

fonctions politiques – conduirait en toute logique à considérer ces mesures comme de simples applications de l'égalité, dans son sens matériel, par principe légitimes, et non comme des dérogations à l'égalité formelle, en principe illégitimes. L'illégitimité de principe des « discriminations positives » témoigne par conséquent du rapport d'opposition construit entre l'égalité et la différence des sexes.

32. Toutefois, il s'agira de montrer, dans un second temps de l'analyse, que le projet politique d'indifférenciation charrié par l'égalité des sexes n'a pu aller jusqu'au bout de sa logique d'opposition, en raison du maintien, voire de la dépendance du droit lui-même à la différence des sexes. En effet, la prise en compte de la différence des sexes par le droit demeure considérée comme légitime dans nombre de cas. D'abord, l'évolution actuelle des politiques sociales de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe rend nécessaire la prise en compte de la différence des sexes pour remédier aux inégalités de fait, afin que puisse être remise en cause la hiérarchie entre les sexes. Ensuite et surtout, le droit entend préserver la différence des sexes en tant qu'elle est essentielle à la construction juridique de la personne, laquelle demeure attachée à une identité nécessairement sexuée. Le droit est ainsi lui-même producteur de la différence des sexes. Afin d'analyser plus précisément ces deux types de différenciations considérées comme légitimes, on recourra ici au concept de genre – en tant que « catégorie utile d'analyse »¹⁰¹ et non en tant qu'idéologie – dans le but de comprendre les limites du processus d'indifférenciation. En tant que catégorie d'analyse, le concept de genre permet en effet de rendre compte des processus (notamment juridiques) conventionnels et non naturels de différenciation entre le masculin et le féminin.

33. La notion de genre renvoie en réalité à deux principales acceptions, qui correspondent chacune à une manière de concevoir la différence des sexes. Le genre peut être défini dans un premier temps comme la construction socioculturelle des identités féminine et masculine, des « rôles sociaux de sexe », hiérarchisés historiquement au détriment des femmes¹⁰². Le genre renvoie dès lors au sexe social, qui s'oppose au sexe biologique. Cette première acception du concept de genre laisse toutefois supposer l'existence, au-delà des différences entre les hommes et les femmes socialement construites, d'une différence biologique donnée, d'une nature présociale¹⁰³. Autrement dit, la différence des sexes biologique demeure pensée comme une

¹⁰¹ SCOTT Joan, « Genre : une catégorie utile d'analyse historique », *Cahiers du GRIF*, 1988, p. 125-153.

¹⁰² FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL Dominique, PLANTÉ Christine, RIOT-SARCEY Michèle, ZAÏDMAN Claude, *Le genre comme catégorie d'analyse*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 16.

¹⁰³ LÖWY Ilana, ROUCH Hélène, « Genèse et développement du concept de genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du genre*, n° 34, 2003/1, p. 8 : « Dans ce contexte [...], c'est sans doute parce que les notions de sexe et de genre demeurent trop fixées l'un à un contenu biologique, l'autre à un contenu sociologique, qu'il reste encore souvent la

donnée naturelle, alors que la hiérarchie entre les rôles sociaux de sexe est elle appréhendée comme construite au gré des rapports de pouvoir. Néanmoins, l'évolution des théories constructivistes a conduit à concevoir que le sexe biologique était lui aussi un construit social. Ainsi, à partir des années quatre-vingt, certaines théoriciennes féministes dans diverses disciplines ont remis en question la distinction entre sexe et genre. Le genre ne désigne plus seulement la construction sociale du masculin et du féminin, hiérarchisée, mais il permet de concevoir, dans une seconde acception, le processus même de division des individus en deux catégories sexuées¹⁰⁴, notamment à travers la construction sociale des corps, masculins et féminins¹⁰⁵. Le genre devient ainsi le diviseur hiérarchisant, le dispositif d'identification, d'assignation à un sexe biologique et à un sexe social¹⁰⁶. Ces deux définitions du genre désignent par conséquent, d'un côté, la hiérarchisation entre les rôles sociaux de sexe, et de l'autre, le processus de différenciation entre les sexes. On soutiendra ici que les limites au projet d'indifférenciation attribué à l'égalité des sexes tiennent à ce que si, dans un premier mouvement, le droit prend en compte le genre dans sa première acception pour mieux remettre en cause la hiérarchie de genre, à travers une évolution du droit de la non-discrimination, il maintient dans un deuxième mouvement le genre, dans sa seconde acception, comme système de division sexuée et de sexuation des corps.

34. L'évolution du droit de la non-discrimination – entendu ici comme comprenant les textes normatifs, la jurisprudence, mais aussi les politiques publiques – en dépit des réticences, est une bonne illustration de la manière dont la prise en compte des différences de situation entre les sexes peut être légitimée, afin de remettre en cause la hiérarchie de genre. Le rapport d'opposition entre l'égalité et la différence des sexes a dès lors évolué, dans de nombreuses règles juridiques, en un *rapport d'admission* : la prise en compte de la différence des sexes – à la fois comme différence de traitement et comme reconnaissance des différences de situation – est nécessaire à la lutte contre les inégalités de fait entre les femmes et les hommes. Le principe d'égalité connaît dès lors une mutation, en ce que sa réalisation dans une forme concrète implique de se départir du processus de comparabilité aboutissant à l'indifférenciation entre les sexes. Il s'agit, en d'autres termes, pour le droit de la non-discrimination d'admettre qu'hommes et femmes ne sont pas dans des situations similaires au regard des inégalités, par exemple au regard des violences sexuelles¹⁰⁷.

conviction que la séparation sexe/genre reflète simplement le partage entre les traits biologiques (présumés immuables) et les attitudes, comportements et rôles (présumés flexibles) ».

¹⁰⁴ PLANTÉ Christine, « Le genre, un concept intraduisible ? », in FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL Dominique, PLANTÉ Christine, RIOT-SARCEY Michèle, ZAÏDMAN Claude, *Le genre comme catégorie d'analyse*, op. cit., p. 128.

¹⁰⁵ DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », *Raisons politiques*, n° 18, 2005/2, p. 118.

¹⁰⁶ REGINE, « Droit et genre », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1235.

¹⁰⁷ Voir les statistiques officielles du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes : 16 % des femmes et 5 % des hommes déclarent avoir subi des viols ou des tentatives de viols au cours de leur vie ; en 2011, sur les 4 983 plaintes pour viols, 3 742 viols ont été commis à l'encontre de femmes et 432 contre des hommes. Parmi ces viols, 906 sont des viols conjugaux

Par ailleurs, la prise en compte des différences de situation existant de fait entre les femmes et les hommes permet de saisir et de sanctionner les discriminations indirectes, fondées sur une répartition structurellement inégalitaire des rôles de genre. Dans le même ordre d'idées, l'acceptation qu'hommes et femmes sont dans des situations inégales conduit à légitimer davantage les différences de traitement que sont les actions positives. On le voit, sous ces différentes facettes, le droit de la non-discrimination se donne pour vocation d'agir sur les rapports inégalitaires entre les sexes, à agir en somme sur le social, sur les rapports de domination, en remettant en cause les rôles sociaux de genre hiérarchisés. Or, une telle remise en cause des inégalités de fait implique d'abord pour le droit de pouvoir saisir ces dernières, ce qui nécessite incidemment de se départir d'une construction de l'égalité aveugle aux inégalités de situations entre les sexes. Dans ce contexte, la prise en compte de la différence des sexes par le droit est donc légitimée dans le but de remettre en cause le genre, entendu comme hiérarchie entre les rôles sociaux de sexe.

35. Il n'en reste pas moins que la différenciation entre les sexes est aussi considérée comme pleinement légitime dans le cadre de la définition juridique de la personne, ce qui aboutit cette fois-ci à maintenir le genre, dans sa seconde acception, comme système de division sexuée des individus en deux catégories, hommes ou femmes. La perpétuation du système de division entre les deux sexes par le droit sera analysée à travers l'étude de deux de ses manifestations. Il s'agira d'abord de souligner que les règles de l'état civil prévoient l'assignation obligatoire des individus à l'un des deux sexes à leur naissance. La rigidité de ce système d'assignation est d'ailleurs vérifiée par les difficultés éprouvées par les personnes transgenres ou intersexes souhaitant obtenir devant les juridictions une modification ou une remise en cause de ce système d'assignation. L'étude des règles relatives à la filiation servira ensuite à démontrer l'apparente évidence avec laquelle est appréhendée la différenciation juridique entre les sexes, du fait qu'elle est fondée sur la division sexuée en matière de procréation.

36. Dans ce contexte, la légitimation de la prise en compte de la différence des sexes n'a par conséquent pas pour but, à terme, de remettre en cause celle-ci, mais bien au contraire de la perpétuer. La différence des sexes n'est dès lors pas considérée comme une discrimination illégitime, car elle est conçue hors du champ de l'égalité, comme une différence naturelle. Du reste, les juges français admettent communément que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur et l'administration procèdent à des distinctions, en réglant de façon différenciée des situations différentes – sans pour autant admettre un principe d'égalité matérielle qui

commis à l'encontre des femmes et 179 contre des hommes (URL : <http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/violences-de-genre/reperes-statistiques-79/>).

obligerait à de telles distinctions. Le rapport de l'égalité à la différence des sexes peut dans ce cas être conçu comme un *rapport d'exclusion*, dans le sens où le processus de division des sexes n'est jamais appréhendé sous l'angle de l'égalité. En effet, la différence de situation entre les sexes du point de vue de la filiation et de la procréation est perçue comme une différence naturelle, nécessaire, antérieure au droit, et dont la légitimité n'est pas mise en doute par les interprètes de l'égalité. Il s'agira dès lors de s'interroger sur le rôle du droit dans la construction de la « naturalité » de la différence des sexes, découlant précisément du fait que le système de division des sexes demeure appréhendé hors du champ de l'égalité, et n'est jamais envisagé comme une possible discrimination. Le concept de genre permet ainsi de dévoiler le rôle du droit dans la construction de la différenciation entre les sexes : d'une donnée objective et naturelle que le droit ne ferait que prendre en compte, à travers un rapport neutre du droit aux faits, la différence des sexes est au contraire appréhendée comme le produit d'une opération de catégorisation relevant d'un choix axiologique¹⁰⁸. On s'attachera précisément à démontrer qu'en excluant la différenciation entre les sexes d'un contrôle d'égalité, les acteurs du droit procèdent à une naturalisation de la différence des sexes et dissimulent ainsi le rôle du droit dans la construction d'une telle différence. Afin de dévoiler le rôle du droit dans la construction du genre, il apparaît dès lors essentiel de s'intéresser à ce que le droit *dit* du principe d'égalité, mais aussi à ce qu'il *n'en dit pas*. Le « silence » du droit peut ainsi être analysé comme « élément constitutif du discours »¹⁰⁹ et, ici, du discours de légitimation : en refusant d'appréhender la division binaire des sexes sous l'angle du principe d'égalité, le droit participe ainsi pleinement à la légitimation du genre.

37. Par conséquent, si le droit admet dans ces deux circonstances la légitimité de la différence des sexes, elles n'ont ni la même finalité ni le même rapport à l'égalité. Dans le premier cas, la différence de situation entre les sexes au regard des inégalités est dans une certaine mesure appréhendée dans le but de remettre en cause la division hiérarchique des rôles sociaux masculins et féminins. La différence des sexes n'est dès lors plus opposée à l'égalité, mais nécessaire pour réaliser celle-ci dans les faits. Dans le second cas, la différence des sexes est produite par le droit dans le but de perpétuer une définition sexuée de la personne, fondée sur la division des sexes au regard de la procréation. La différence des sexes demeure dans ce contexte exclue d'une analyse en termes d'égalité, puisqu'elle est alors considérée comme naturelle. Ainsi, si le projet politique rattaché à l'égalité des sexes a évolué pour remettre en question le genre comme système de hiérarchie entre les sexes, il ne tend certainement pas à effacer le genre comme processus de

¹⁰⁸ CARAYON Lisa, *La catégorisation des corps. Étude sur l'humain avant et après la mort*, op. cit., p. 7 : « Cette opération n'est donc pas extérieure au sujet qui l'opère, "elle n'est pas dans la nature des choses, elle reflète une volonté ou du moins une certaine représentation du monde (une idéologie parfois)". En ce sens, la qualification comporte une dimension proprement politique ».

¹⁰⁹ PICHARD Marc, ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Ce que le genre fait au droit*, op. cit., p. 20.

division entre les sexes. Les craintes relatives à l'effacement de la différence des sexes par une application jugée exagérée du principe d'égalité, évoquées au début de cette introduction, apparaissent dès lors relativement fantasmées.

38. On s'attachera donc à analyser la construction des rapports de l'égalité à la différence des sexes, d'abord comme un rapport d'opposition – les différences de traitement entre les sexes étant dès lors appréhendées comme illégitimes du point de vue de l'égalité (première partie), pour ensuite montrer que le droit maintient malgré tout la différence des sexes, tant parce que l'évolution de l'égalité nécessite l'admission de la hiérarchie entre les sexes (rapport d'admission) que parce que la division « naturelle » entre les sexes est appréhendée hors du cadre de l'égalité (rapport d'exclusion) (seconde partie).

Partie I. La construction juridique de l'égalité des sexes : entre différenciation et indifférenciation

39. Le rapport du principe d'égalité à la différence des sexes est complexe et ambivalent. Ceci tient dans une large mesure au fait que la différenciation entre les sexes est considérée tantôt comme légitime mais tantôt comme illégitime du point de vue de l'égalité. Par une analyse diachronique de la construction du principe d'égalité, il s'agit ici de clarifier les rapports qu'il entretient vis-à-vis de la différence des sexes. Mais ce n'est pas tout : l'étude porte également sur les discours de légitimation et de délégitimation de la différence des sexes, produits par les interprètes du principe d'égalité. L'objectif est de mettre en évidence le rôle du droit dans la consolidation des inégalités de genre ou, au contraire, dans leur remise en cause. La légitimation de la différence des sexes a en effet, depuis 1789, permis de justifier des inégalités juridiques entre les femmes et les hommes ; les discours de légitimation se fondaient alors sur la hiérarchie des rôles de genre pour les justifier. La référence aux différences « naturelles » de situation entre les femmes et les hommes, la construction du genre en somme, compris comme l'assignation de rôles sociaux de sexe inégalitaires, a longtemps servi de justification aux inégalités juridiques. Avec l'évolution du projet politique attaché au principe d'égalité, les acteurs du droit ont néanmoins procédé, dans la seconde moitié du XX^e siècle, à une délégitimation de la différence des sexes afin notamment de remettre en cause de telles inégalités juridiques, les différences de traitement juridiques entre les sexes devenant alors assimilées à des inégalités illégitimes – c'est-à-dire à des discriminations.

40. Ce processus de délégitimation a toutefois été progressif. Dans les premiers temps de l'affirmation de l'égalité des sexes, notamment au niveau constitutionnel en 1946, il n'est pas question pour les acteurs juridiques de se départir de la différenciation entre les femmes et les hommes, en raison de la prégnance de rôles sociaux fortement différenciés. Le maintien de cette différence dans les discours juridiques est même nécessaire à l'extension aux femmes les droits jusqu'alors réservés aux hommes. Ce n'est qu'à partir des années 1970, sous l'influence du droit de l'Union européenne, que l'égalité des sexes en vient à être interprétée comme une stricte exigence d'identité de traitement conduisant à l'indifférenciation des textes juridiques au regard du sexe et à l'affirmation d'un principe de non-discrimination en raison du sexe. L'effacement des inégalités juridiques s'exprime ainsi par l'effacement de la différence des sexes dans les énoncés juridiques et par une interdiction de sa prise en compte par certains acteurs sociaux. Une telle

interprétation exigeant l'indifférenciation entre les sexes s'est largement imposée comme conception dominante du principe d'égalité. L'ancrage de l'égalité formelle en droit français se donne ainsi à voir dans la réticence des interprètes de l'égalité à adopter des mesures différentialistes¹¹⁰, et ce même lorsque celles-ci ont pour objectif de lutter contre les inégalités de fait. Il apparaît encore difficile pour la plupart d'entre eux de se départir de la règle selon laquelle les différences de traitement entre les sexes sont par principe illégitimes.

41. La différenciation entre les sexes ayant été longtemps mobilisée pour justifier les inégalités juridiques, il apparaît logique que l'égalité des droits entre les femmes et les hommes ait été conçue comme la remise en cause de la différenciation entre les sexes, fût-elle progressive. L'égalité des sexes ne pouvait s'affirmer autrement qu'à travers l'indifférenciation des normes juridiques au regard du sexe¹¹¹ et, partant, par la construction d'un principe de non-discrimination. Il est dès lors essentiel de s'interroger sur le fonctionnement du principe d'égalité et de son rapport à la différenciation (titre I) pour saisir le cheminement de la construction du paradigme de l'égalité des sexes comme indifférenciation (titre II).

¹¹⁰ Sur l'emploi du terme « différentialiste » plutôt que celui de « différentialiste », on se permet de renvoyer à la thèse d'Olivia BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 5 : « "Différencialisme" est employé ici à dessein plutôt que "différentialisme", lequel désigne souvent une doctrine à connotation naturaliste ou essentialiste : ainsi Emmanuel Todd qualifie de "différentialiste" le groupe humain qui "revendique une essence unique, inimitable et manifeste son hostilité aux idées mêmes d'équivalence des hommes et de fusion des peuples". Cette orthographe permet d'éviter toute confusion avec le racisme différentialiste" de Pierre-André Taguieff : le différentialisme ne renvoie à aucun courant de pensée ou doctrine, mais suppose la simple prise en considération des différences de fait ».

¹¹¹ ROSENFELD Michel, *Les interprétations justes*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2000, p. 68 : « Dans une communauté politique où les différences entre les sexes ont été utilisées pour reléguer les femmes à un statut inférieur, la recherche d'une égalité basée sur le genre (la différence sexuelle) devrait insister sur l'identité au détriment de la différence ».

Titre I. Le principe d'égalité maintenant la différenciation entre les sexes

42. La construction de l'égalité entre les hommes et les femmes dépend d'une logique et d'un fondement juridique distincts de ceux du principe général d'égalité. Il est donc nécessaire d'analyser l'articulation et le décalage entre ces deux principes. En effet, l'égalité entre hommes et femmes a été proclamée pour répondre aux lacunes du principe général d'égalité. Ainsi, l'inscription dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 de l'égalité des droits entre les femmes et les hommes peut être expliquée par le fait que le principe général d'égalité n'avait jusque-là été ni été conçu, ni été appliqué, pour s'opposer aux inégalités entre les femmes et les hommes. La façon dont les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 avaient pensé le principe général d'égalité lors de sa proclamation, ainsi que sa réaffirmation dans les constitutions et les législations ultérieures, avaient non seulement occulté les inégalités de fait mais ont aussi permis la légitimation des inégalités de droit entre les femmes et les hommes. C'est donc bien parce que les femmes ont été exclues de la conception et de l'application du principe général d'égalité que l'égalité entre les femmes et les hommes a été construite à rebours de celui-ci¹¹². En d'autres termes, le principe d'égalité devant la loi n'a pas suffi à la reconnaissance des mêmes droits pour les hommes et les femmes et c'est sur cette base que la revendication et l'affirmation juridique de l'égalité des sexes ont été construites.

43. Consacrée au rang constitutionnel en 1946, l'égalité des sexes n'en nourrit pas moins un rapport largement ambivalent avec la différence des sexes. Si la légitimation des inégalités entre les sexes s'est fondée depuis la Révolution française sur un processus que l'on peut lire comme la construction du genre (chapitre I), les discours juridiques égalitaires ne procèdent pas, dans les premiers temps de l'affirmation de l'égalité des sexes, à l'effacement du genre : la différenciation entre les sexes permet alors de justifier la remise en cause des inégalités (chapitre II).

¹¹² AMIEL-DONAT Jacqueline, « Égalité des sexes », in RIALS Stéphane, ALLAND Denis, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 589 : « La notion d'égalité n'aurait pas besoin d'être déclinée quant à l'identité sexuelle des individus s'il n'était constaté l'existence fondamentale d'une inégalité ».

Chapitre I. L'affirmation révolutionnaire du principe d'égalité : la légitimation des inégalités entre les femmes et les hommes

44. L'affirmation du principe général d'égalité dans les textes juridiques, et notamment par la Déclaration de 1789, peut être envisagée comme un processus à double face : tandis que l'œuvre révolutionnaire rend illégitimes certaines différences, elle continue d'en considérer d'autres comme légitimes. L'égalité est en cela un principe à la fois inclusif et exclusif : le rejet de certaines inégalités au nom de l'égalité des droits au sein d'une communauté d'individus ne signifie pas le rejet de toutes les inégalités. En d'autres termes, certaines catégories d'individus se trouvent exclues, par leurs différences de situation légitimées, de l'application du principe¹¹³. Cette dimension d'inclusion/exclusion qui caractérise l'égalité varie dans le temps, au gré des normes et des valeurs qui la sous-tendent. L'exclusion des femmes, ainsi que d'autres catégories¹¹⁴, de la reconnaissance des droits dès la proclamation juridique du principe d'égalité en 1789, n'est donc pas la conséquence d'une « erreur » ou d'un « retard » de l'égalité, liés uniquement aux préjugés de l'époque et au sexisme des législateurs, mais bien le résultat du fonctionnement même du principe d'égalité et de l'idéal démocratique. Durant tout le XIX^e et une partie du XX^e siècle, l'inégalité juridique entre les femmes et les hommes n'a pas contrarié le principe d'égalité, celui-ci a bien plutôt servi de mécanisme de légitimation de telles inégalités.

45. L'exclusion historique des femmes de l'application du principe d'égalité ne peut par conséquent être saisie qu'en étudiant la façon dont a été construit et interprété le principe général d'égalité dès son affirmation juridique en 1789. Si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a été conçue dans des termes universalistes, prévoyant l'égalité des droits pour tous les hommes et tous les citoyens, les débats parlementaires de même que la législation révolutionnaire montrent que l'égalité des droits a été pensée pour remettre en cause *seulement certaines inégalités*, mais n'a jamais eu pour objet le rejet de toute inégalité de droit. Ainsi, l'égalité des droits, dans sa dimension à la fois inclusive et exclusive, s'est bornée à permettre la reconnaissance des droits civils et politiques pour une catégorie d'individus, excluant explicitement ou implicitement d'autres catégories. Même lorsque l'égalité est articulée autour d'un idéal d'universalisme républicain, comme c'est particulièrement le cas à partir de la II^e République avec l'instauration

¹¹³ PERELMAN Chaïm, « Égalité et justice », in *L'égalité. Travaux du centre de philosophie du droit de l'université libre de Bruxelles*, Vol. V, 1977, p. 327 : « L'exigence générale d'égalité ne consiste jamais en autre chose qu'en un rejet de certaines inégalités concrètes, et non pas de toutes les inégalités imaginables ».

¹¹⁴ NOLLEZ-GOLDBACH Raphaëlle, *Quel homme pour les droits ? Les droits de l'homme à l'épreuve de la figure de l'étranger*, Paris, CNRS, 2015.

du suffrage universel, de réelles inégalités juridiques subsistent entre des catégories d'individus. L'universalisme, comme l'égalité, doit alors être entendu comme s'appliquant à l'intérieur d'une catégorie d'individus, qui varie, s'étend ou se replie, selon les époques. L'égalité juridique n'a pas permis historiquement la garantie universelle des droits, mais a conduit à tracer de nouvelles délimitations entre les catégories de personnes (section I). Le principe d'égalité et l'universalisme abstrait au fondement de la conception républicaine des droits de l'homme ont notamment été pensés sans les femmes, créant et perpétuant des inégalités juridiques entre les femmes et les hommes. Les acteurs juridiques ont considéré comme légitimes ces différences de traitement juridique en termes de reconnaissance des droits, car étant justifiées par les différences supposées naturelles entre les sexes et les rôles sociaux découlant des fonctions spécifiques de chaque sexe. Le principe d'égalité, tel qu'interprété en 1789 et pendant le XIX^e siècle, est par conséquent compatible avec ce que l'on appelle aujourd'hui des inégalités de genre, qui ne sont alors pas considérées comme des discriminations mais bien comme des différences légitimes (section II).

Section I. L'égalité comme processus d'unification et d'exclusion : le mythe de l'universalisme républicain

46. Les discours contemporains émanant aussi bien de la doctrine juridique¹¹⁵ que des institutions publiques¹¹⁶ associent volontiers le principe d'égalité et l'universalisme républicain, en faisant référence aux idéaux de la Révolution française et de la tradition républicaine. En analysant comment les révolutionnaires, puis les républicains ont conçu et appliqué l'égalité, il ressort certes une volonté d'unification d'une communauté d'individus en leur garantissant les mêmes droits. Cependant, le terme « universalisme » est trompeur, car le projet politique révolutionnaire n'a pas envisagé le principe d'égalité comme s'appliquant à tous, mais seulement certaines catégories de citoyens (I). De même, le droit républicain, en particulier le droit de la citoyenneté, a été construit sur une hiérarchie catégorielle, alors même que les discours politiques et juridiques républicains prônaient un idéal universaliste (II). Les interprétations de l'égalité retenues par les révolutionnaires et les républicains montrent ainsi que l'égalité et l'universalisme abstrait sont à la fois des principes d'inclusion et d'exclusion, privilégiant une catégorie sociopolitique dominante au détriment d'autres.

I. Le principe d'égalité conçu lors de la Révolution pour admettre des exclusions

47. Afin de saisir la dimension à la fois inclusive et exclusive du principe d'égalité, il convient de partir de l'« acte de naissance du principe d'égalité »¹¹⁷, dès sa première occurrence dans un texte juridique : la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789. Cette étude de l'interprétation de l'égalité par les auteurs des textes juridiques le proclamant ne vise pas à adopter une interprétation téléologique du principe d'égalité pour rechercher la véritable interprétation de

¹¹⁵ Voir par exemple BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 20 juillet/20 août 1998, p. 152-164 : L'auteure associe l'approche universaliste à la « tradition républicaine où, selon l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la citoyenneté garantit à chacun des droits égaux » ; voir également « Faut-il actualiser le Préambule de la Constitution ? », *Constitution*, 2012, p. 247 : Bertrand MATHIEU évoque le « mythe fondateur » de l'universalisme et Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN affirme que : « La conception française de l'égalité repose avant tout sur l'universalisme. Elle implique donc la reconnaissance d'une formule salutaire de droit à l'indifférence ».

¹¹⁶ Voir par exemple l'intervention d'Esther Benbassa lors des débats parlementaires sur la loi interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, séance du 18 septembre 2013, s'interrogeant sur le terme de « diversité » : « Est-il bien compatible avec notre universalisme républicain, selon lequel l'égalité se réalise en faisant abstraction justement, des différences de naissance entre les individus ? » Voir également BENBASSA Esther, LECERF Jean-René, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles relatif à la lutte contre les discriminations, enregistrée à la présidence du Sénat du 12 novembre 2014, p. 48 : « Vos rapporteurs ont bien conscience que ces observations interviennent dans un contexte de montée des revendications identitaires, dans lequel s'inscrit ce que d'aucuns appellent le retour du religieux [...] Ils relèvent d'ailleurs le paradoxe qui consiste à se réclamer de l'universalisme républicain en exigeant la stricte application du principe d'égalité conçu en France comme son corollaire tout en revendiquant, dans le même temps, la reconnaissance de particularismes ».

¹¹⁷ CAPORAL Stéphane, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Paris, Economica, 1995, p. 9.

l'égalité, mais plutôt à comprendre comment l'égalité a pu être conçue historiquement comme excluant certaines catégories.

48. Plusieurs interprétations de l'égalité se sont succédées pendant la période révolutionnaire, de l'ouverture des états généraux le 5 mai 1789 à la chute du régime du Directoire le 9 novembre 1799 : extensive pendant la période jacobine, et limitée durant la période thermidorienne. Néanmoins, la dimension d'exclusion de l'égalité est une constante dans toutes les phases de la Révolution. Ainsi, si le principe d'égalité a été majoritairement interprété comme le rejet de certains privilèges pendant la période révolutionnaire (A), il a également conduit à exclure certaines catégories de la reconnaissance des droits et en particulier des droits politiques (B).

A. L'importance du principe d'égalité comme rejet de certains privilèges

49. Le rejet de la société d'ordres de l'Ancien Régime et des privilèges qui y sont associés a conduit à la construction d'une communauté de citoyens – variant selon les régimes révolutionnaires – et formant la nation souveraine (1). L'affirmation juridique du principe d'égalité peut alors s'entendre principalement comme un outil d'inclusion et d'uniformisation, par l'application du même droit et des mêmes droits à cette communauté de citoyens (2).

1) La revendication égalitaire de 1789 opposée à certains privilèges et à la société d'ordres de l'Ancien Régime

50. Le principe d'égalité affirmé en 1789 s'entend avant tout comme le rejet de la société d'ordres et la condition indispensable à la construction d'une nation souveraine.

51. **Le rejet des privilèges.** En 1789, l'égalité est proclamée par la Déclaration des droits, comme la remise en cause du régime absolutiste monarchique – la concentration des pouvoirs publics dans les mains du roi – et de la société d'ordres de l'Ancien Régime, fondée sur l'inégalité et la hiérarchie résultant notamment des privilèges détenus par la Noblesse (notamment les exemptions des impôts royaux comme la taille ou les aides et les exemptions judiciaires) et par le Clergé (percevant les revenus de la dîme)¹¹⁸. Les revendications égalitaires, assez modérées, de l'ordre défavorisé, le Tiers-État, dans les Cahiers de doléances, prennent la forme d'une dénonciation de tels exemptions et privilèges¹¹⁹. Ce rejet des privilèges, repris au début de la

¹¹⁸ CONSTANT Fred, *La citoyenneté*, Montchrestien, 2^e édition, 2000, p. 19 : « L'égalité politique des individus est à la fois une condition logique du renversement de l'absolutisme et un impératif sociologique lié au déclin de l'univers des privilèges et des corps ».

¹¹⁹ JENNINGS Jeremy, « L'égalité », in DUCLERT Vincent, PROCHASSON Christophe, *Dictionnaire critique de la République*, Paris Flammarion, 2007, p. 169 : Le but principal de l'égalité « était non pas d'affranchir les terres et les personnes de toute servitude, ni de libérer l'industrie de toute contrainte, mais plutôt de mettre un terme aux privilèges ».

Constitution du 3 septembre 1791¹²⁰, prend la forme de réclamations pour l'égalité devant l'impôt, mais également l'égalité devant la loi, dans l'accès à la justice, dans l'accès aux emplois publics, et dans la représentation aux états généraux¹²¹.

52. L'avènement de l'égalité dans la représentation politique s'accompagne d'une « réappropriation de la souveraineté royale pour couronner le peuple »¹²², suivant les vœux de Sieyès dans son pamphlet *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*. Le Tiers-État, composé à égalité de « l'ensemble des citoyens qui appartiennent à l'ordre commun »¹²³ forme la nation, titulaire du pouvoir politique. L'affirmation de la souveraineté nationale par l'Assemblée signifie ainsi le transfert de la souveraineté du roi à la nation et met à mal le privilège royal de la détention du pouvoir politique, qui sera totalement aboli le 21 septembre 1792, marquant l'avènement du « règne de l'égalité » selon les mots de Robespierre¹²⁴. Toutefois, l'affirmation de l'égalité politique ne conduit pas forcément à une égalité des « droits » politiques. La citoyenneté et la souveraineté, du moins dans les débuts de la Révolution, ne sont pas rattachées au droit de vote individuel¹²⁵, mais plutôt à la participation de tous les citoyens au pouvoir politique par l'égalité de représentation et à l'intégration des individus à la communauté des citoyens¹²⁶.

53. L'égalité des citoyens s'articule par conséquent à la fois autour d'une perspective individualiste selon laquelle elle institue l'équivalence entre les « individus-citoyens » prêts à devenir « individus-électeurs »¹²⁷ et d'une perspective plus communautariste où elle sert avant tout de principe unificateur de la nation¹²⁸. Il s'agit de comprendre que ces deux aspects indissociables s'articulent en permanence dans la conception révolutionnaire de l'égalité et incarnent tous deux le rejet de la société d'Ancien Régime.

¹²⁰ « L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. - Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivent, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. - Il n'y a plus ni vénalité ni hérédité d'aucun office public. - Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation ni pour aucun individu, aucun privilège ni exception au droit commun de tous les Français. - Il n'y a plus ni jurandes ni corporations de professions, arts et métiers. - La loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution ».

¹²¹ CAPORAL Stéphane, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, *op. cit.*, p. 21.

¹²² ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, p. 51

¹²³ SIEYÈS Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, 1789, Paris, Édition du Boucher, 2002, p. 9.

¹²⁴ Archives parlementaires, tome 74, séance du lundi 16 septembre 1793, p. 287.

¹²⁵ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, *op. cit.*, p. 42.

¹²⁶ TROPER Michel, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, Chapitre V : « La mutation du concept de citoyen », p. 147-162.

¹²⁷ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, *op. cit.*, p. 42.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 20 : rejoignant la conception ancienne de la citoyenneté : « À Rome ou à Athènes, le citoyen est le membre d'une communauté juridiquement constituée, avant d'être un individu doté de droits politiques propres ».

54. **L'unification d'une communauté de citoyens.** L'affirmation de l'égalité entre les citoyens est conçue en premier lieu comme un principe unificateur, qui permet de s'opposer à une société d'Ancien Régime divisée et hiérarchisée. Ce sont les penseurs du contrat social¹²⁹ et particulièrement Rousseau qui développent l'idée que l'égalité et la liberté civiles ne sont pensables que dans « l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté »¹³⁰. Cette exigence égalitariste de la soumission volontaire de l'individu à la volonté de tous, est fondée sur l'idée que « l'égalité engendre chez les citoyens une forme de rapport marqué par la réciprocité dans la dignité, condition de l'appartenance de tous à la communauté civique »¹³¹. La perspective égalitaire dans son aspect communautariste rejoint ici la dimension individualiste de l'égalité : selon cette approche, c'est parce que les individus sont équivalents en termes de dignité et sont égaux au regard du consentement qu'ils peuvent former une communauté homogène et égalitaire. L'idéal égalitariste des révolutionnaires associe de la même façon les notions d'identité et d'égalité ; l'égalité est réservée à ceux qui sont identiques, et la volonté unificatrice liée à l'égalité implique par conséquent que les uns soient identiques aux autres¹³². La volonté de construire une « communauté homogène de citoyens »¹³³ pour permettre une « participation à la sphère politique afin de transcender les intérêts individuels »¹³⁴, conduit ainsi à faire du principe d'égalité un « instrument de normalisation »¹³⁵ des situations individuelles, un vecteur de lien social, afin d'engendrer une cohésion de la société. La construction d'une unité nationale sous la Révolution s'incarne notamment dans l'uniformisation administrative et territoriale, avec la création des communes¹³⁶ et des départements¹³⁷ sur lesquels s'applique le même droit – contrairement aux provinces de l'Ancien Régime –, mais aussi dans l'unification de la langue française par l'interdiction des autres idiomes¹³⁸, ainsi que dans le refus des minorités

¹²⁹ OZOUF Mona, « Égalité », in FURET François, OZOUF Mona, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 700. Dans le domaine de la philosophie politique, ce sont certes les physiocrates qui sont les premiers à imaginer une société homogène composée d'individus « strictement équivalents les uns des autres, rigoureusement interchangeables ».

¹³⁰ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 51.

¹³¹ SPITZ Jean-Fabien, *L'amour de l'égalité. Essai sur la critique de l'égalitarisme républicain en France 1770-1830*, Paris, Vrin, 2000, p. 30.

¹³² ROSENFELD Michel, « Justice, égalité et action positive : justification et limites », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 17, 1986, p. 275.

¹³³ ATTAL-GALY Yaël, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003

¹³⁴ JENNINGS Jeremy, « L'universalisme », in DUCLERT Vincent, PROCHASSON Christophe, *Dictionnaire critique de la République*, Paris Flammarion, 2007, P. 277.

¹³⁵ LOCHAK Danièle, « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en Procès*, Paris, PUF, CURAPP, 1983, p. 51-77

¹³⁶ Décret du 14 décembre 1789 relatif à la constitution des municipalités reconnaissant l'existence de 44 000 communes, archives parlementaires, tome 10, séance du lundi 14 décembre 1789, p. 564.

¹³⁷ Décret du 26 février 1790 sur la division du royaume en 83 départements, archives parlementaires, tome 11, séance du vendredi 26 février 1790, p. 716. La Constitution du 3 septembre 1791 dispose dans son article 1^{er} que : « Le Royaume est un et indivisible : son territoire est distribué en quatre-vingt-trois départements, chaque département en districts, chaque district en cantons ».

¹³⁸ Décrets du 8 pluviôse an II, in DUVERGIER Jean-Baptiste, *Collections complètes des lois, décrets, ordonnances et règlements*, Paris, Guyot et Scribe, 1825, tome 7, p. 19 et décret du 2 thermidor an II, in DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, tome 7, p. 225.

religieuses¹³⁹. Le service public, sous-tendu par la notion d'intérêt général, sert aussi de vecteur de lien social¹⁴⁰, en particulier le service de l'instruction publique¹⁴¹. De même, le paiement de l'impôt est considéré comme un devoir du citoyen qui permet son intégration civique¹⁴².

55. L'abstraction de l'individu-citoyen par l'indifférenciation des membres de la collectivité est ainsi une condition de la construction d'un nouvel ordre social, et est elle-même fondée sur l'idée d'équivalence entre les individus et sur l'individualisme comme valeur opposée à la société de l'Ancien Régime. La proclamation de l'égalité suppose de penser l'individu comme détenteur d'une autonomie lui permettant de participer et de consentir à sa soumission au pouvoir : « En devenant citoyen, l'individu s'extirpe de son statut de minorité ; il est reconnu comme un être autonome et rationnel capable de s'émanciper de ses déterminismes sociaux, religieux et culturels »¹⁴³. Cette approche individualiste et égalitariste suppose le rejet de toute communauté intermédiaire¹⁴⁴, d'ordres inégalitaires, entre l'individu et le pouvoir politique de l'État et entre les individus entre eux, l'individu étant à l'origine du pouvoir et y participant directement ou indirectement¹⁴⁵. Elle exige la relégation des différences et des appartenances à la sphère privée¹⁴⁶.

56. L'égalité doit donc être conçue en 1789 avant tout comme le rejet des privilèges et de la société d'ordres de l'Ancien Régime, hiérarchisée et inégalitaire. Elle s'incarne à la fois dans un processus d'unification – par la soumission au même droit – et d'uniformisation – par la négation des différences – de la communauté des citoyens, et à travers l'appréhension de l'individu comme fondement du pouvoir politique¹⁴⁷. Né d'une « formidable demande d'intégration »¹⁴⁸, le principe

¹³⁹ Voir par exemple la citation de Clermont-Tonnerre devant l'Assemblée nationale constituante, archives parlementaires, tome 10, séance du mercredi 23 décembre 1789, p. 756 : « Il faut refuser aux juifs comme nation dans le sens du corps constitué et accorder tout aux juifs comme individus. Il faut méconnaître leurs juges ; ils ne doivent avoir que les nôtres. Il faut refuser la protection légale au maintien des prétendues lois de leur corporation judaïque. Il faut qu'il ne fasse dans l'État, ni un corps politique, ni un ordre. Il faut qu'ils soient individuellement citoyens ».

¹⁴⁰ BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op. cit., p. 46.

¹⁴¹ La Constitution de 1791 énonce « qu'il sera créé et organisé une instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables à tous les hommes ». L'article 22 de la Constitution de 1793 affirme également que « l'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens ».

¹⁴² Voir le discours du Garde des Sceaux Barentin lors de l'ouverture des états généraux, archives parlementaires, tome 8, séance du 5 mai 1789, p. 3 : « L'impôt est une dette commune des citoyens, une espèce de dédommagement et le prix des avantages que la société leur procure ».

¹⁴³ LABORDE Cécile, « La citoyenneté », in DUCLERT Vincent, PROCHASSON Christophe, *Dictionnaire critique de la République*, Paris Flammarion, 2007, p. 116.

¹⁴⁴ Les mesures visant la suppression des corps intermédiaires, tels que les corporations de métiers de l'Ancien Régime, s'inscrivent dans cette perspective d'individualisation par la libéralisation du commerce et de l'industrie (décret des 2 et 17 mars 1791, archives parlementaires, tome 23, séance du mercredi 2 mars 1791, p. 625 ; décret des 14 et 17 juin 1791, archives parlementaires, tome 27, séance du mardi 14 juin 1791, p. 210).

¹⁴⁵ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, Paris, Éditions Belin, 2002, p. 31.

¹⁴⁶ BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op. cit., p. 18 : « Tout se passe en effet comme si, à partir de la fin du XVIII^e siècle en France, une cloison avait été édifée entre public d'une part, privé d'autre part. La sphère publique serait la sphère de la raison, la sphère privée celle de l'affect et des intérêts particuliers ».

¹⁴⁷ CONSTANT Fred, *La citoyenneté*, op. cit., p. 21 : « La citoyenneté entretient une relation ambiguë tant avec l'esprit communautaire qu'avec l'individualisme. D'une part, sans communauté, il ne peut guère y avoir de citoyenneté à la fois comme

d'égalité s'exprime surtout par l'idée démocratique de « l'incorporation des classes inférieures à l'activité politique »¹⁴⁹. Mais extirper les individus de leur attachement à des ordres ou à des communautés, au nom de l'égalité, c'est bien les rattacher à une nouvelle communauté, celle des citoyens, s'apparentant à une « clôture sociale »¹⁵⁰ au sein de laquelle le droit, sous-tendu par le principe juridique d'égalité, opère un processus d'unification. Il reste à comprendre comment le principe d'égalité est transcrit juridiquement, dans les premières constitutions révolutionnaires, comme permettant l'unification d'une communauté de citoyens, ce qui permettra d'interroger ensuite l'exclusion de ceux qui ne sont pas assimilés à une telle communauté.

2) L'application du principe juridique d'égalité à une communauté de citoyens : l'égalité des droits par l'égalité devant la loi

57. La conception de l'égalité retenue par le droit révolutionnaire, l'égalité devant la loi, permet avant tout une unification de la communauté des citoyens par la généralisation d'un principe de non-distinction. Elle ne signifie toutefois pas l'application « universelle » de la règle de droit au-delà des catégories visées par le principe d'égalité.

58. **Entre égalité des droits et égalité des conditions.** L'affirmation juridique de l'égalité, comme remise en cause des privilèges et du mode de gouvernement de l'Ancien Régime, prend d'abord la forme, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, de l'égalité des droits considérés par les révolutionnaires comme universels – « naturels, inaliénables et sacrés » selon la Préambule de la Déclaration – c'est-à-dire comme inhérents à l'humanité dans son entier. Le député Pétion annonce à ce propos le 23 août 1789 qu'il « ne s'agit pas ici de faire une Déclaration des droits seulement pour la France, mais pour l'homme en général »¹⁵¹. Les auteurs de la Déclaration supposaient « que les vérités proclamées étaient applicables à l'humanité tout entière »¹⁵². Cette affirmation peut surprendre, lorsque l'on connaît la façon dont l'application des droits était circonscrite à l'appartenance à la citoyenneté et en premier lieu par le lien de nationalité (cf. *infra*, II).

sentiment d'appartenance et comme sentiment d'engagement [...] D'autre part, si l'individualisme est sociologiquement lié à la citoyenneté, elle peut aussi être corrompue par un excès d'individualisme ».

¹⁴⁸ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴⁹ CONSTANT Fred, *La citoyenneté*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 27.

¹⁵¹ Archives parlementaires, tome 8, séance du dimanche 23 août 1789, p. 475.

¹⁵² JENNINGS Jeremy, « L'universalisme », *op. cit.*, p. 275 : « L'un des aspects les plus frappants de la Révolution de 1789 est que, dès le début, ses participants croyaient que leurs actions avaient une signification mondiale et que l'enjeu renfermait des valeurs universelles ».

59. L'article 1^{er} de la Déclaration proclame l'égalité des droits par la formule : « Les hommes naissant libres et égaux en droits », tout en énonçant en second lieu que : « Les distinctions ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». Cette partie de la disposition renvoie à une exigence de non-distinction par la condamnation des inégalités autorisées sous l'Ancien Régime fondées sur la naissance, mais ne préjuge pas du rejet de toute distinction, comme on le verra, si celle-ci est justifiée par l'utilité commune, connue aujourd'hui sous le terme d'« intérêt général ». La Déclaration mêle droits de l'« homme » et droits du « citoyen ». Les droits rattachés à la citoyenneté sont « appelés justement “droits civils”, sont exercés en société, de sorte que l'homme devient un citoyen »¹⁵³. Les droits liés à l'appartenance à la communauté des citoyens, du moins dans l'acception large de la citoyenneté retenue par les deux premières constitutions révolutionnaires, sont, dans la Déclaration de 1789, d'une part les droits civils, des droits qui permettent à l'individu d'être protégé contre l'ingérence arbitraire de l'État¹⁵⁴. D'autre part, des droits politiques sont également rattachés à la citoyenneté, et plus particulièrement, le droit de concourir, directement ou indirectement par le biais des représentants, à la formation de la loi (article 6). La Constitution du 5 fructidor an III retient en revanche une conception plus restreinte de la citoyenneté, puisque le citoyen n'est plus celui qui détient des droits civils et politiques, mais seulement celui qui exerce ses droits politiques au moyen du vote¹⁵⁵. Dès lors, les individus détenteurs de droits civils sont les nationaux français et non plus les citoyens.

60. La Déclaration de 1789 adopte une conception « restreinte » de l'égalité des droits de l'homme et du citoyen, remise en cause par « l'avènement des républicains au pouvoir »¹⁵⁶. L'égalité devient dans l'article 2 de la Déclaration des droits du 24 juin 1793 non seulement un droit de l'homme, mais le premier de ces droits devant la liberté, la sûreté et la propriété. Dans la pensée jacobine, cela signifie en premier lieu que l'égalité est un but à atteindre, comme l'énonce le député Harmand lors de ses observations au projet de Constitution : « Vous avez désiré encore appeler tous les citoyens à l'égalité morale la plus parfaite ; il faut donc employer tous les moyens et toutes les institutions qui peuvent y amener et y contenir les citoyens »¹⁵⁷. Ainsi, s'agissant des droits politiques, le droit de voter dans les assemblées des communes et dans les assemblées

¹⁵³ TROPER Michel, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, *op. cit.*, p. 151.

¹⁵⁴ Il s'agit des droits énoncés à l'article 2 : la liberté, la propriété, la sûreté – comprenant la légalité, la nécessité des peines, la non-rétroactivité de la loi pénale (article 8) et la présomption d'innocence (article 9) – ainsi que la résistance à l'oppression. Il s'agit encore de l'égal accès aux emplois publics (article 6), la liberté de conscience et de religion (article 10), la liberté de communication des pensées et des opinions ainsi que son corollaire la liberté de la presse (article 11), le consentement à l'impôt (article 14).

¹⁵⁵ TROPER Michel, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, *op. cit.*, p. 158. La Déclaration des droits et des devoirs n'emploie pas le terme de « citoyen » lorsqu'elle énonce les droits civils, terme qui est seulement lié à la souveraineté et à l'exercice des droits politiques (articles 17 et 20 de la Déclaration).

¹⁵⁶ JENNINGS Jeremy, « L'égalité », *op. cit.*, p. 170.

¹⁵⁷ Archives parlementaires, tome 67, séance du lundi 24 juin 1793, p. 322.

primaires est étendu par le décret du 11 août 1792 à tous les citoyens français âgés de vingt et un ans, domicilié depuis un an et vivant de leur travail¹⁵⁸. Par ailleurs, le décret du 19 septembre 1793 supprime les primes d'encouragement pour la traite des esclaves¹⁵⁹ et celui des 16 pluviôse et 21 germinal an II proclame l'abolition de l'esclavage dans les colonies en proclamant que : « Tous les hommes, sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies, sont citoyens français et jouiront de tous les droits assurés par la Constitution »¹⁶⁰. Mais qui plus est, les premiers républicains manifestent une volonté d'égalisation des situations dans la société et non pas seulement dans le droit¹⁶¹. L'égalité de fait est alors considérée comme « un droit subjectif opposable par tous les citoyens à l'État et obligeant celui-ci à agir pour maintenir par le fait cette égalité de droit »¹⁶².

61. Mais outre le fait que la Constitution de 1793 est demeurée sans effet juridique, la volonté d'une égalité des conditions comme nécessaire complément de l'égalité des droits s'avère difficilement réalisable, et prend fin avec la chute du régime de Robespierre, la réaction thermidorienne de l'été 1794 et le retour à une conception de l'égalité des droits. Par conséquent, malgré la résurgence en 1796 des idées jacobines par le mouvement babouviste qui prône l'égalité de fait¹⁶³, le régime du Directoire prend des mesures contraires à l'idée d'une égalisation des conditions¹⁶⁴.

62. Dès lors, si l'égalité des conditions fait indéniablement partie du programme politique républicain lors de la Convention, l'interprétation majoritaire de l'égalité pendant la période révolutionnaire reste bien l'égalité des droits, comprise comme l'égalité en droit. Or, la réalisation juridique de cette égalité des droits s'exerce au moyen de la loi. Cela signifie, d'une part, que le principe d'égalité s'entend comme l'égalité de tous les citoyens devant la loi et d'autre part, que la loi devient l'instrument de mise en œuvre de l'égalité des droits. Il s'agit d'analyser ces deux

¹⁵⁸ Archives parlementaires, tome 48, séance du samedi 11 août 1792, p. 29.

¹⁵⁹ Archives parlementaires, tome 74, séance du jeudi 19 septembre 1793, p. 409.

¹⁶⁰ DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, tome 7, p. 30.

¹⁶¹ La lutte contre les inégalités sociales prend plusieurs formes, notamment l'instruction publique (article 22 de la Déclaration de 1793) et le secours public (article 21) garantis tous deux à l'article 122 de la Constitution de 1793. Concernant l'instruction publique, commune à tous, le décret du 30 décembre 1792 prévoit un enseignement primaire par les instituteurs fonctionnaires publics. S'agissant de l'assistance aux plus démunis, le décret des 19 et 24 mars 1793 organise les secours publics, prévoyant par exemple un système de soin à domicile et la création d'une caisse nationale de prévoyance pour couvrir les dépenses liées aux soins (Archives parlementaires, tome 60, séance du mardi 19 mars 1793, p. 327).

¹⁶² Le député Harmand, cité par CAPORAL Stéphane, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁶³ Voir MARÉCHAL Sylvain, *Le manifeste des égaux*, publié le 6 avril 1796, texte reproduit par DOMMANGET Maurice, *Des enrégés (1793)... Aux égaux (1795). Manifestes des enrégés et des égaux*, Paris, Spartacus, 1972, p. 78 : « Nous sommes égaux n'est-ce pas ? [...] Et bien, nous prétendons désormais vivre et mourir égaux comme nous sommes nés. Nous voulons l'égalité réelle ou la mort ».

¹⁶⁴ Par exemple, les décrets Lakanal du 27 brumaire an III et Daunou du 3 brumaire an IV abandonnent le caractère obligatoire de la scolarité et remettent en cause la gratuité de l'enseignement primaire.

aspects indissociables du rôle de la loi dans le principe d'égalité pour bien saisir la dimension unificatrice et uniformisatrice de ce dernier.

63. **Les significations du principe d'égalité devant la loi.** L'expression « égalité devant la loi » est sujette à controverse, d'autant plus qu'elle est une expression doctrinale. Les textes juridiques et notamment la Déclaration de 1789 évoquent en effet « toujours un qualificatif [égal ou égaux] et non un substantif [égalité]. En parlant d'égalité devant la loi, on hypostasie ce qui n'est qu'une qualité »¹⁶⁵. L'égalité devant la loi revêt en doctrine au moins deux significations. Elle renvoie tout d'abord à l'égalité dans l'application de la loi. L'égalité est alors imposée uniquement aux organes chargés de l'application de la loi, à l'administration et aux juges principalement, qui veillent dans ce cas à ce que la loi soit appliquée de la même façon à tous ses destinataires¹⁶⁶. Selon cette approche, le législateur n'est pas tenu de respecter le principe d'égalité et est libre de constituer des distinctions entre les individus. Cette interprétation de l'égalité devant la loi est par conséquent retenue par les défenseurs d'une « souveraineté parlementaire »¹⁶⁷ et conduit à une conception restreinte des droits de l'homme, le législateur n'étant pas tenu de les affirmer également¹⁶⁸. Elle tend à « épuiser le principe de l'égalité devant la loi dans le principe de légalité »¹⁶⁹, puisqu'il suffit aux organes d'appliquer une loi générale et abstraite pour que l'égalité soit respectée¹⁷⁰. Mais l'égalité devant la loi peut également signifier la généralité du contenu de la loi. Elle s'impose dans ce cas au législateur qui doit traiter de la même façon tous les individus en termes de droits. Il s'agit alors, comme le remarque Olivier Jouanjan, d'une « égalité *avant* la loi, supérieure à la loi » inscrite dans les textes de valeur constitutionnelle et en particulier dans la Déclaration de 1789.

64. Or, selon Olivier Jouanjan – qui défend une conception unifiée du principe d'égalité devant la loi s'imposant tant au législateur qu'aux actes d'application de la loi¹⁷¹ – les expressions contenues dans la Déclaration de 1789 font référence à l'égalité devant la loi dans son second

¹⁶⁵ JOUANJAN Olivier, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 16, 1992, p. 134.

¹⁶⁶ Voir par exemple BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p. 39 : « Pour désigner ce principe, on préférera l'expression "égalité des droits" à "égalité devant la loi" [...] Il est en effet aujourd'hui commun d'affirmer que ce principe, qui ne s'applique qu'aux organes chargés d'appliquer la loi, non au législateur, admet que la règle de droit comprenne des mesures discriminatoires ».

¹⁶⁷ Sur la doctrine française rattachée à cette conception restrictive du principe d'égalité devant la loi, voir JOUANJAN Olivier, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, p. 69 et s.

¹⁶⁸ JOUANJAN Olivier, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 134.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 133.

¹⁷⁰ Cette conception est par exemple celle retenue par Hans KELSEN dans la *Théorie pure du droit* (2^e édition, traduction Charles Eisenmann, Paris, 1962, p. 190) : « Poser l'égalité devant la loi, c'est poser simplement que les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de la régularité de l'application du droit en général, principe qui est immanent à tout ordre juridique ».

¹⁷¹ Voir la thèse de l'auteur : JOUANJAN Olivier, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992.

sens. Les termes de l'article 6 (« elle [la loi] doit être la même pour tous » ou « tous les citoyens étant égaux à ses yeux ») signifient bien que l'égalité s'impose au législateur qui doit intégrer, dans le corps même de la loi, les mêmes dispositions pour tous. L'égalité est ainsi considérée comme une exigence d'universalité¹⁷². L'expression « égalité devant la loi » rend compte du « légicentrisme »¹⁷³ des révolutionnaires et de l'importance du rôle de la loi dans la mise en œuvre de l'égalité : « L'égalité des droits va ainsi de pair avec la généralité de la règle de droit, une généralité entendue au sens d'universalité »¹⁷⁴. Le « culte de la loi » provient de l'avènement, au moment de la Révolution, du rationalisme¹⁷⁵, opposé à l'irrationalité du système de l'Ancien Régime : « La loi, en d'autres termes, doit être l'expression de la volonté générale, incarnant indissociablement les deux principes de rationalité et de généralité »¹⁷⁶. Sieyès évoque ainsi l'évidence du lien entre l'égalité et l'universalité de la loi : « Je me figure la loi au centre d'un globe immense ; tous les citoyens sans exception sont à la même distance sur la circonférence et n'y occupent que des places égales »¹⁷⁷. L'idée que la loi est générale et universelle à la fois par son origine, car formée par la volonté générale émanant de la communauté des citoyens et par son contenu, est exprimée par Rousseau dans la formule « partir de tous pour s'adresser à tous »¹⁷⁸. Le nombre de dispositifs égalitaires mis en place par le droit révolutionnaire¹⁷⁹ concrétise l'affirmation omniprésente de l'égalité devant la loi dans les discours parlementaires et dans les textes de valeur constitutionnelle¹⁸⁰. Le principe d'égalité est compris comme une exigence de

¹⁷² JOUANJAN Olivier, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 134.

¹⁷³ Comme le souligne Olivier JOUANJAN, « le légicentrisme de 89 n'exclut pas la limitation du pouvoir législatif. Celle-ci ne tempère pas celui-là, mais lui est inhérente » (*Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, p. 35). Il ne faut donc pas entendre « légicentrisme » comme la suprématie juridique de la loi – par rapport à la Déclaration de 1789 notamment – mais comme le rôle central joué par la loi en particulier dans l'unification de la communauté de citoyens.

¹⁷⁴ BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p. 40. Voir aussi JOUANJAN Olivier, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op. cit.*, p. 66 : « "Universalité" plus que "généralité" : la loi doit être la même pour l'universalité des citoyens, et non pas seulement générale [...]. C'est toute loi "particulière", même "générale", qui devient contraire à l'égalité ».

¹⁷⁵ La loi est en effet considérée en premier lieu par les philosophes des Lumières comme un acte de raison, comme l'énonce l'article « Loi » de l'*Encyclopédie* : « La loi en général est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les divers cas de cette raison humaine » (JAUCOURT, BOUCHER D'ARGIS, « Loi », in DIDEROT Denis, D'ALEMBERT Jean le Rond, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome 9, 1^{ère} édition, 1751, p. 643).

¹⁷⁶ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 194.

¹⁷⁷ SIEYÈS Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, 1789, Paris, Édition du Boucher, 2002, p. 76.

¹⁷⁸ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 69.

¹⁷⁹ Ces dispositifs ayant déjà fait l'objet de travaux de doctorat, il n'apparaît pas nécessaire de les développer. Voir notamment CAPORAL Stéphane, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, *op. cit.* ; ZARCA Alexis, *L'égalité dans le droit public français de la fonction publique*, *op. cit.* ; BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*

¹⁸⁰ La Déclaration de 1789 contient deux façons de mettre en œuvre l'égalité des droits : en amont, par la participation de tous les citoyens, directement ou par le biais de leurs représentants, à la formation de la loi (article 6) et en aval, par l'égalité d'admissibilité des citoyens aux dignités, places et emplois publics (article 6), l'égalité devant les charges publiques (article 13), devant la loi pénale, dans les termes « tout homme », « tout citoyen » ou « nul » (articles 7, 8 et 9).

non-distinction, puisqu'il vise le rejet de certaines inégalités par l'indifférence de la loi des individus notamment selon leur naissance.

65. Mais si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 semble imposer le respect de l'égalité au législateur par le contenu général de la loi – « elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » – l'étude de l'application du principe d'égalité dans les textes ultérieurs appelle à une réponse plus nuancée¹⁸¹. En cela, les deux interprétations de l'égalité devant la loi coexistent et sont souvent indissociables dans la législation révolutionnaire relative aux droits de l'homme, mais il faut comprendre que l'universalité de la règle de droit contient en son sein une dimension d'exclusion. L'universalité ne présume en rien de la portée de son champ d'application, la loi générale étant le plus souvent appliquée à une catégorie délimitée d'individus¹⁸². L'égalité procédant du caractère universel de la loi ne concerne dès lors que la catégorie d'individus destinataires de la loi. L'affirmation de l'égalité devant la loi en 1789 ne préfigure par conséquent en rien la reconnaissance des droits à tous les individus et cela pour deux raisons. D'une part, parce qu'il est loisible au législateur d'opérer des distinctions dès lors qu'elles sont fondées sur l'« utilité commune ». Et d'autre part, car l'égalité devant la loi est réputée satisfaite dès lors que les membres d'une même catégorie sont traités également, ce qui peut conduire à exclure des droits ceux qui n'appartiennent pas à cette catégorie, comme celle des citoyens. Ainsi, comme l'affirme Lucien Sfez : « Ce qui peut fournir le trait caractéristique de l'égalité est la limite d'un ensemble au-dedans duquel l'égalité peut se constituer »¹⁸³. L'égalité ne signifie donc pas le rejet de toute différence et de toute inégalité entre les individus, malgré l'idée permanente et fantasmée que l'égalité de 1789 aurait permis la construction d'un individu sujet de droits abstrait. Comme l'énonce Anne Verjus : « Dès lors que les distinctions de naissance sont abolies, les critères ne peuvent plus être ceux du régime abhorré »¹⁸⁴. Mais d'autres critères de distinctions remplacent les anciens, non seulement tolérés mais même légitimés par le principe d'égalité.

¹⁸¹ JOUANJAN Olivier, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 135 : « Elle ne garantit qu'une égalité formelle de traitement entre les membres d'une même catégorie ».

¹⁸² HERNU Rémy, « Égalité », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 284 : à propos de la conception de l'égalité devant la loi : « L'universalisme que véhicule cette conception se heurte en pratique à l'œuvre du législateur. La loi qui procède par taxinomie, est formellement générale mais non nécessairement universelle ».

¹⁸³ SFEZ Lucien, *L'égalité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, p. 11.

¹⁸⁴ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, *op. cit.*, p. 31.

B. La création de nouveaux critères d'exclusion

66. La manière dont a été conçu le principe d'égalité devant la loi, au moment de la Révolution, permet précisément la perpétuation ou de l'établissement d'inégalités, autres que celles fondées sur le sang ou l'appartenance à un ordre. En effet, «le postulat de l'égalité lui-même ne spécifie pas quelles sont les égalités et les inégalités qui sont justifiées dans un contexte sociopolitique donné»¹⁸⁵. Le principe d'égalité proclamé en 1789 n'est «tout au plus qu'une égalité intracatégorielle»¹⁸⁶. Le processus d'indifférenciation lié à l'affirmation de l'égalité des droits, comme s'appliquant à une communauté de citoyens équivalents, est ainsi corrélé à un processus de différenciation qui tend à exclure de la reconnaissance des droits tous ceux qui ne sont pas rattachés à cette communauté, la différenciation étant dans ce cas assimilée à une hiérarchisation¹⁸⁷. Le siècle des Lumières a, en ce sens, joué un rôle important dans la délimitation des notions d'universalité et d'humanité, en rendant acceptable philosophiquement – et juridiquement – l'exclusion de certaines catégories de l'appartenance à l'humanité¹⁸⁸. Cette idée, présente dans la formule de Barni : «L'amour de l'égalité n'est pas la haine de toute supériorité»¹⁸⁹, s'incarne dans deux tendances notables liées à l'affirmation de l'égalité pendant la Révolution : d'une part, l'exclusion de la reconnaissance des droits de ceux qui ne sont pas citoyens (1) et d'autre part, la création par les constituants et les législateurs d'inégalités au sein même de la communauté des citoyens, notamment en matière d'exercice des droits politiques et d'accès aux fonctions publiques (2).

- 1) L'égalité des droits appliquée à la sphère des citoyens conduisant à l'exclusion des non-citoyens

67. Le principe d'égalité est un principe à la fois d'inclusion et d'exclusion, il «semble vouloir l'exclusion, la séparation, la formidable clôture de soi pour exercer son rôle d'unificateur et d'identité»¹⁹⁰. L'établissement de différences, de critères, notamment par le droit, conduit à l'exclusion des catégories qui ne font pas partie de la catégorie normalisée, unifiée sous l'égide de l'égalité : «L'égalité implique un acte de choix grâce auquel certaines différences sont minimisées

¹⁸⁵ ROSENFELD Michel, «Justice, égalité et action positive : justification et limites», *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 17, 1986, p. 254.

¹⁸⁶ JOUANJAN Olivier, «Réflexions sur l'égalité devant la loi», *op. cit.*, p. 135.

¹⁸⁷ RAYNAUD Philippe, «Égalité», in RAYNAUD Philippe, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, p. 211.

¹⁸⁸ MARTIN Xavier, *Naissance du sous-homme au cœur des Lumières*, Poitiers, Morin, 2014.

¹⁸⁹ BARNI Jules, *Les principes et les mœurs de la République*, Amiens, Caron, 2^e édition, p. 29.

¹⁹⁰ SFEZ Lucien, *L'égalité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, p. 12.

ou ignorées, alors que d'autres sont maximisées et autorisées à se développer»¹⁹¹. La Révolution ne remet pas en cause tous les privilèges : elle proclame l'égalité en droits de façon universelle, mais seulement pour la caste des citoyens. L'exclusion des non-citoyens de la reconnaissance égale des droits s'applique en premier lieu aux étrangers¹⁹², et en second lieu, à partir de 1795, à une plus grande partie de la population, par la restriction même de la notion de citoyenneté.

68. **L'exclusion des étrangers de la citoyenneté et la question de leur intégration.** La notion de « citoyen » peut être employée dans un sens large, désignant tous ceux qui possèdent des droits civils liés au rattachement à un État ou dans un sens plus strict, pour définir les individus possédant à la fois des droits civils et des droits politiques, par l'appartenance à la nation¹⁹³. À la question de savoir si les étrangers vivant sur le territoire français possèdent des droits civils et sont citoyens *au sens large*, si la Déclaration de 1789 semble donner une réponse positive¹⁹⁴, l'article 122 de la Constitution du 24 juin 1793 répond en revanche par la négative : « La Constitution garantit à tous les Français l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété, la dette publique, le libre exercice des cultes, une instruction commune, des secours publics, la liberté indéfinie de la presse, le droit de pétition, le droit de se réunir en sociétés populaires, la jouissance de tous les Droits de l'homme ». La reconnaissance des droits civils est par conséquent, en 1793, liée à la nationalité française. La citoyenneté est en ce sens « enfermée dans la nationalité »¹⁹⁵. De même, l'accès à la citoyenneté et donc à la nationalité est une condition d'admissibilité aux emplois publics, selon l'article 11, titre II de la Constitution de l'an III. Par ailleurs, la nationalité française est, pendant la période révolutionnaire, une condition d'accès à la citoyenneté, *au sens strict*, puisque seuls les nationaux sont *a priori* titulaires de droits politiques. Une combinaison des articles 3 et 6 de la Déclaration de 1789 montre que la souveraineté nationale et la volonté générale qui en résulte ne peuvent être formées, directement ou indirectement, que par les citoyens ; or, les étrangers ne sont pas rattachés à la nation¹⁹⁶. L'Assemblée constituante fait également de la nationalité française, par le lien du sang ou du sol, une condition de la citoyenneté, l'article 2 du titre II, de la Constitution du 3 septembre 1791 disposant que : « Sont citoyens français : ceux qui sont nés en France d'un père français ; ceux qui, nés en France d'un

¹⁹¹ PALMER Robert Roswell, in WIENER Philip, *Dictionary of the History of Ideas*, 1973-1974, p. 139, cité par SCOTT Joan W., « L'énigme de l'égalité », in *L'égalité, une utopie ?*, *Cahiers du genre* n° 33, 2002, p. 17.

¹⁹² Voir en particulier, sur la figure de l'étranger comme point de butée de l'universalisme républicain, la thèse de NOLLEZ-GOLDBACH, *Quel homme pour les droits ? Les droits de l'homme à l'épreuve de la figure de l'étranger*, Paris, CNRS, 2015.

¹⁹³ TROPER Michel, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, *op. cit.*, p. 147. En revanche pour Stéphane CAPORAL, l'égalité civile est liée à la citoyenneté et à la nationalité, et n'est pas conférée aux étrangers (*op. cit.*, p. 48).

¹⁹⁴ TROPER Michel, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, *op. cit.*, p. 151.

¹⁹⁵ NOLLEZ-GOLDBACH, *Quel homme pour les droits ? Les droits de l'homme à l'épreuve de la figure de l'étranger*, *op. cit.*, p. 154 à 162.

¹⁹⁶ GESLOT Christophe, « L'émergence du concept moderne de citoyenneté : l'époque révolutionnaire », in CHIANEA Gérard, CHABOT Jean-Luc, *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 307.

père étranger, ont fixé leur résidence dans le Royaume». Les étrangers sont ainsi exclus de la citoyenneté entendue comme l'appartenance à la nation, «entité collective formée par l'ensemble des citoyens et seule dépositaire de la souveraineté dans l'État»¹⁹⁷.

69. La citoyenneté peut néanmoins s'acquérir par les étrangers, dans les conditions fixées par l'article 3 du titre II de la Constitution de 1791 : «Ceux qui, nés hors du Royaume de parents étrangers, résident en France, deviennent citoyens français, après cinq ans de domicile continu dans le Royaume, s'ils y ont, en outre, acquis des immeubles ou épousé une Française¹⁹⁸, ou formé un établissement d'agriculture ou de commerce, et s'ils ont prêté le serment civique»¹⁹⁹. Outre les conditions relatives aux liens unissant l'étranger avec le territoire français, celui-ci doit dès lors prêter un «serment civique» démontrant sa fidélité à la nation et sa capacité à adhérer aux valeurs de la communauté des citoyens et renoncer à sa nationalité étrangère²⁰⁰. Les conditions pour devenir citoyen sont ainsi plus strictes que celles qui gouvernent la naturalisation, celles-ci étant définies à l'article 4 seulement comme la fixation de son domicile en France et la prestation du serment civique. Par ailleurs, le décret du 11 août 1792 relatif aux conditions requises pour voter à la formation de la Convention nationale, ainsi que l'article 4 de la Constitution du 24 juin 1793, conditionnent également la citoyenneté à la nationalité française. Toutefois, peut devenir citoyen : «Tout étranger âgé de vingt et un ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une année, y vit de son travail, ou acquiert une propriété, ou épouse une Française, ou adopte un enfant, ou nourrit un vieillard ; tout étranger enfin, qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité»²⁰¹. Il est intéressant de souligner le rôle important du lien entre la citoyenneté et la vertu, le mérite et le secours aux plus démunis dans le discours conventionnel : le candidat à la citoyenneté doit se rattacher aux valeurs républicaines dominantes, pour être admis dans la communauté²⁰².

¹⁹⁷ LOCHAK Danièle, «La citoyenneté : un concept juridique flou», in COLAS Dominique, ÉMERI Claude, ZYLBERG Jacques, *Citoyenneté et nationalité*, Paris, PUF, 1991, p. 180 : «La citoyenneté, au départ, se définit par référence à une communauté politique et son attribut essentiel, c'est le droit de participer, directement ou indirectement, à l'exercice du pouvoir politique. Dans le cadre de l'État-nation, le citoyen est celui qui est titulaire d'une parcelle de la souveraineté nationale».

¹⁹⁸ En utilisant le terme de «Française», le constituant exclut la possibilité qu'une femme étrangère devienne française.

¹⁹⁹ Cet article reprend le décret des 30 avril et 2 mai 1790, qui dispose que les étrangers établis en France «seront réputés français et admis, en prêtant le serment civique, à l'exercice des droits de citoyen actif après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils ont, en outre, ou acquis des immeubles ou épousé une Française, ou formé un établissement de commerce ou reçu dans quelque ville des lettres de bourgeoisie», archives parlementaires, tome 15, séance du vendredi 30 avril 1790, p. 340.

²⁰⁰ Article 5 du titre II de la Constitution de 1791 : «Le serment civique est : je jure d'être fidèle à la Nation à la loi et au roi et de maintenir de tout mon pouvoir la Constitution du Royaume, décrétée par l'Assemblée nationale constituante aux années 1789, 1790 et 1791».

²⁰¹ Article 4 de la Constitution du 24 juin 1793.

²⁰² Le décret du 26 août 1792 confère déjà, dans cet esprit, la citoyenneté à dix-huit personnalités étrangères sans condition de durée de résidence, dont Jérémie Bentham, Georges Washington et Jean Hamilton, Thomas Payne et Anacharsis Cloots, les deux derniers devenant députés à la Convention. Décret du 26 août 1792 : «L'Assemblée nationale, considérant que les hommes qui, par leurs écrits et par leur courage, ont servi la cause de la liberté et préparé l'affranchissement des peuples, ne peuvent être

70. Mais à partir de 1793, la citoyenneté française devient de plus en plus difficile à acquérir, car les étrangers « commencent à susciter la méfiance lorsque la France se trouve en guerre avec presque toute l'Europe »²⁰³. Le décret du 25 décembre 1793 énonce ainsi que les étrangers ne peuvent plus représenter le peuple français²⁰⁴. De même, le 21 mars 1793, la Convention appelle les comités de surveillance des communes à contrôler et à expulser les étrangers nés dans les pays en guerre avec la France qui ne seraient pas en mesure de fournir une attestation de civisme signée par six citoyens domiciliés depuis un an dans la commune²⁰⁵. Par ailleurs, l'article 11 de la Constitution du 5 fructidor an III restreint les conditions d'accès à la citoyenneté pour les étrangers, qui deviennent cumulatives ; outre la résidence pendant sept ans sur le territoire, l'âge de 21 ans, l'intention de se fixer en France et le paiement d'une contribution directe, l'étranger doit posséder une propriété foncière, un établissement d'agriculture et de commerce ou avoir épousé une Française. Par conséquent, si au début de la Révolution « les révolutionnaires ont accordé généreusement la citoyenneté française aux étrangers [...], on passe imperceptiblement à une conception à la fois territoriale et “nationaliste” au sens que revêt le terme aujourd'hui »²⁰⁶.

71. On comprend encore mieux la double dimension inclusive/exclusive du concept de citoyen quand on prête attention au fait que la perte de la citoyenneté ne concerne pas seulement les étrangers ou ceux qui deviennent étrangers. L'exclusion de la communauté des citoyens et de la reconnaissance des droits qui y sont liés peut être la conséquence de la condamnation aux peines qui emportent la dégradation civique jusqu'à réhabilitation, d'un jugement de contumace²⁰⁷. Lors de la « Terreur », le décret du 17 septembre 1793 relatif aux gens « suspects » exclut de la garantie des droits rattachés à la citoyenneté et prévoit l'arrestation de ceux, entre autres, qui n'ont pas « constamment manifesté leur attachement à la Révolution » et « ceux à qui il a été refusé des certificats de civisme »²⁰⁸. La notion de « citoyen » est ainsi construite autour de

regardés comme étrangers par une nation que ses lumières et son courage ont rendue libre ; considérant que si cinq ans de domicile en France suffisent pour obtenir à un étranger le titre de citoyen français, ce titre est bien plus justement dû à ceux qui, quel que soit le sol qu'ils habitent, ont consacré leurs bras et leurs veilles à défendre la cause des peuples contre le despotisme des rois, à bannir les préjugés de la terre, et à reculer les bornes des connaissances humaines » (archives parlementaires, tome 49, séance du dimanche 26 août 1792, p. 10).

²⁰³ CAPORAL Stéphane, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, *op. cit.*, p. 167.

²⁰⁴ Archives parlementaires, tome 82, séance du 25 décembre 1793, p. 304.

²⁰⁵ Archives parlementaires, tome 60, séance du 21 mars 1793, p. 389.

²⁰⁶ LOCHAK Danièle, « La citoyenneté : un concept juridique flou », *op. cit.*, p. 182.

²⁰⁷ Article 6 du titre II de la Constitution du 3 septembre 1791 ; article 5 de la Constitution du 24 juin 1793 ; article 12 du titre II de la Constitution du 5 fructidor an III.

²⁰⁸ Archives parlementaires, tome 74, séance du mardi 17 septembre 1793, p. 303.

l'idée de « *dignitas* »²⁰⁹, statut qui permet de délimiter les contours de la citoyenneté et qui apparaît, dès lors, « profondément inégalitaire »²¹⁰.

72. En ce sens, la citoyenneté est dans un premier temps contestée aux Juifs, notamment par le décret du 23 décembre 1789, puisqu'ils ne sont pas considérés comme appartenant à la nation²¹¹. Cette situation prend fin à la suite du décret des 27 et 28 septembre 1791 qui reconnaît la citoyenneté des Juifs, mais sous condition de serment civique pour l'exercice des droits politiques, preuve de leur assimilation à la communauté des citoyens²¹². S'agissant de l'exclusion des esclaves des colonies de la citoyenneté, l'Assemblée constituante admet l'égalité politique, sous l'influence de la *Société des amis des Noirs*, mais uniquement aux affranchis et descendants d'affranchis par le décret du 15 mai 1791²¹³. Elle abolit l'esclavage dans la métropole, tout en le perpétuant dans les colonies par le décret du 28 septembre 1791²¹⁴ et reconnaît les droits politiques uniquement aux « mulâtres et nègres des Antilles libres » par le décret des 28 mars et 4 avril 1792²¹⁵. Elle distingue ainsi d'une part, les hommes de couleur libres jouissant de l'exercice des droits politiques et d'autre part, les esclaves des colonies qui ne jouissent pas de l'égalité politique ni même de l'égalité civile. L'argument économique et commercial lié à la prospérité des colonies l'emporte alors sur l'argument philanthropique, ce dernier n'étant du reste qu'un argument de façade chez les abolitionnistes²¹⁶.

73. La citoyenneté est néanmoins reconnue aux esclaves des colonies par le décret du 16 pluviôse an II (4 février 1794) qui décrète que : « tous les hommes, sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies, sont citoyens français et jouiront de tous les droits assurés par la

²⁰⁹ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 1^{ère} édition, 2013, p. 95 : « La *dignitas* renvoie à un statut et charrie avec elle divers mécanismes de protection de ce dernier. La *dignitas* du Roi, mais aussi celle des clercs ou des personnes investies de diverses fonctions sociales (magistrats, médecins...), jusqu'à la dignité des citoyens constituant autant de manifestations de cette dignité première, fondamentalement inégalitaire, qui indique un rang ».

²¹⁰ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Une *dignitas* humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits*, n° 48, 2008/2, point 21 : « Historiquement en effet, le concept de citoyenneté s'est construit autour des idées de statut et de *dignitas*. Sans doute, l'abolition des privilèges par la Révolution française devait logiquement emporter celle de toutes les "dignités" en tant qu'elles renvoyaient à l'idée d'inégalité de statuts – y compris les dignités du vote. On sait toutefois que l'ambition révolutionnaire échoua à rompre tout à fait avec la logique propre de la *dignitas*, comme en témoigne non seulement la rapide restauration de la distinction entre citoyens actifs et citoyens passifs, mais aussi la création, par le Code pénal de 1791, de la "dégradation civique" ».

²¹¹ Comme l'affirme l'abbé Maury pour qui la soumission des Juifs à leur loi religieuse les empêche de prendre part pleinement à la vie de la cité (archives parlementaires, tome 10, séance du mercredi 23 décembre 1789, p. 757).

²¹² Archives parlementaires, tome 31, séance du mardi 27 septembre 1791, p. 372.

²¹³ Archives parlementaires, tome 26, séance du lundi 16 mai 1791, p. 97 : « Les gens de couleur, nés de père et de mère libres, seront admis dans toutes les assemblées paroissiales et coloniales futures, s'ils ont d'ailleurs les qualités requises ».

²¹⁴ Archives parlementaires, tome 31, séance du mercredi 28 septembre 1791, p. 442.

²¹⁵ Archives parlementaires, tome 40, séance du 28 mars 1792, p. 575.

²¹⁶ APPIAH Kwame Anthony, *Le code d'honneur. Comment adviennent les révolutions morales*, Broché, 2012, p. 122-124 : « Au tout début du XIX^e siècle, l'asservissement des peuples non européens était devenue crucial pour l'économie atlantique qui reliait l'Europe, l'Afrique et les Amériques [...]. La rhétorique de l'abolitionnisme était, en un sens, une couverture pour cacher les véritables intérêts économiques en jeu. En somme, l'abolition n'avait rien à voir avec la philanthropie ».

Constitution»²¹⁷. Mais l'effectivité du décret est relative, d'abord parce que le décret est envoyé aux colonies avec retard, ensuite parce que la Martinique, Tobago et Sainte-Lucie ne sont pas concernés par le décret, étant occupés par les troupes anglaises jusqu'au Traité d'Amiens, et que l'application du décret est en outre suspendue pour l'ensemble des Mascareignes. En 1802, Bonaparte profite de l'ineffectivité du décret dans ces colonies en y maintenant l'esclavage²¹⁸. L'accession des esclaves à la citoyenneté est par conséquent précaire sous la Révolution, inégale selon les colonies et soumise aux enjeux économiques. La restriction de la communauté des citoyens est, de façon plus générale, particulièrement notable sous le régime du Directoire.

74. **La restriction de la communauté des citoyens sous le Directoire.** Dans les Constitutions de 1791 et 1793, le citoyen est celui qui détient des droits civils et politiques, ces derniers pouvant être exercés soit directement, soit indirectement à travers les représentants de la nation. Comme l'explique Michel Troper, « tous sont toujours citoyens, bien que tous ne soient pas admis à exercer les droits politiques »²¹⁹. Mais cette conception de la citoyenneté évolue dans la Constitution de l'an III, qui définit strictement la qualité de citoyen comme étant rattachée à l'exercice des droits politiques. L'article 8 de la Constitution énonce ainsi que : « Tout homme né et résidant en France, qui, âgé de vingt et un ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son canton, qui a demeuré pendant une année sur le territoire de la République, et qui paie une contribution directe, foncière ou personnelle, est citoyen français »²²⁰. La citoyenneté n'est donc plus fondée dans la « nature », comme dans la Déclaration de 1789, mais est constituée par une convention, de façon artificielle, de sorte que seule une partie de la population est admise à posséder les droits liés à la citoyenneté²²¹.

75. Cette évolution de la notion de citoyen permet au constituant, à l'article 2 de la Constitution, d'affirmer que : « L'universalité des citoyens français est le souverain ». Il maintient ainsi l'idée d'une égalité dans le suffrage, puisque tous les citoyens ont le droit de vote. Seulement, la sphère des citoyens étant réduite, elle exclut d'un tel droit la majeure partie de la population qui n'est plus rattachée à la citoyenneté : « Il permet de conserver grâce à une tautologie la fiction du

²¹⁷ DUVERGIER Jean-Baptiste, *Collections complètes des lois, décrets, ordonnances et règlements*, Paris, Guyot et Scribe, 1825, tome 7, p. 36.

²¹⁸ DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, tome 13, p. 446 : « Le Premier Consul conserve la situation et pas les principes, c'est-à-dire qu'il n'a jamais entendu supprimer l'esclavage là où il persistait malgré les textes le proscrivant ; il promet seulement de maintenir l'abolition là où elle l'a emporté, en particulier à Saint-Domingue ou en Guadeloupe. Le décret du 30 floréal an X maintient ainsi l'esclavage dans les colonies occupées par les Anglais, Sainte-Lucie et la Martinique et affirme qu'il en sera de même pour les colonies orientales, rétablissant le principe de l'esclavage là où le décret de l'an II l'avait aboli ».

²¹⁹ TROPER Michel, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, *op. cit.*, p. 156.

²²⁰ GESLOT Christophe, « L'émergence du concept moderne de citoyenneté : l'époque révolutionnaire », *op. cit.*, p. 309 : « Il ne s'agit plus de l'exercice des droits de citoyens, mais de la qualité même de citoyen que vise l'article 8 ».

²²¹ TROPER Michel, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, *op. cit.*, p. 157.

suffrage universel et la définition du souverain : puisque le suffrage universel est un système dans lequel tous les citoyens ont le droit de vote et que désormais le citoyen se définit précisément par le droit de vote, aucun n'est effectivement privé de ce droit²²². La Constitution distingue donc entre les citoyens, qui possèdent et exercent des droits politiques, et les nationaux français, qui possèdent seulement des droits civils²²³. Le peuple est par conséquent séparé en deux, divisé entre une partie souveraine créant le droit et une partie uniquement destinataire des lois. Cette distinction annonce celle opérée par le droit postrévolutionnaire entre, d'une part, les droits civils régis par le Code civil de 1804 et d'autre part, les droits politiques énoncés par les normes constitutionnelles²²⁴. L'article 7 du Code civil confirme cette distinction, en disposant que : « L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle ». L'exclusion d'une partie de la population de la qualité de citoyen ne signifie donc pas son exclusion des droits civils, mais bien son exclusion des droits politiques, soutenue par une illusion d'égalité, les citoyens ayant tous le droit de vote. L'application du principe d'égalité manifeste encore ici sa dimension d'exclusion, en ce qu'elle conduit à exclure des droits politiques les non-citoyens, soit les deux tiers des habitants de la République²²⁵.

76. La richesse ainsi que la propriété deviennent les conditions premières de la citoyenneté – le critère de la résidence étant notamment abaissé à un an²²⁶. Mais si la citoyenneté est bien définie par la propriété ou la richesse, l'exclusion des plus pauvres de la citoyenneté permet en contrepartie leur intégration dans la sphère civile. En effet, les indigents et les vagabonds peuvent dès lors avoir pleine possession de leurs droits civils, comme se marier, hériter, transmettre, contracter, acheter, divorcer, sans être pour autant reconnus comme citoyens.

²²² *Ibid.*, p. 159.

²²³ LOCHAK Danièle, « La citoyenneté : un concept juridique flou », *op. cit.*, p. 189 : Carré de Malberg affirme ainsi que le citoyen, c'est l'homme investi d'un statut politique de droits politiques, tandis que les individus ne sont titulaires que de libertés civiles.

²²⁴ TROPER Michel, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, *op. cit.*, p. 160.

²²⁵ CAPORAL Stéphane, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, *op. cit.*, p. 254-255.

²²⁶ Article 35 du titre IV de la Constitution du 5 fructidor an III : « Nul ne pourra être nommé électeur, s'il n'a vingt-cinq ans accomplis, et s'il ne réunit aux qualités nécessaires pour exercer les droits de citoyen français, l'une des conditions suivantes, savoir : - dans les communes au-dessus de six mille habitants, celle d'être propriétaire ou usufruitier d'un bien évalué à un revenu égal à la valeur locale de deux cents journées de travail, ou d'être locataire, soit d'une habitation évaluée à un revenu égal à la valeur de cent cinquante journées de travail, soit d'un bien rural évalué à deux cents journées de travail ; dans les communes au-dessous de six mille habitants, celle d'être propriétaire ou usufruitier d'un bien évalué à un revenu égal à la valeur locale de cent cinquante journées de travail, ou d'être locataire, soit d'une habitation évaluée à un revenu égal à la valeur de cent journées de travail, soit d'un bien rural évalué à cent journées de travail ; - et dans les campagnes, celle d'être propriétaire ou usufruitier d'un bien évalué à un revenu égal à la valeur locale de cent cinquante journées de travail, ou d'être fermier ou métayer de biens évalués à la valeur de deux cents journées de travail. - À l'égard de ceux qui seront en même temps propriétaires ou usufruitiers d'une part, et locataires, fermiers ou métayers de l'autre, leurs facultés à ces divers titres seront cumulées jusqu'au taux nécessaire pour établir leur éligibilité ». En revanche, les articles 74 et 83 ne fixent aucune condition de fortune pour être éligibles au Conseil des cinquante et au Conseil des Anciens.

77. Il reste que la citoyenneté étant réservée à un nombre restreint d'individus et étant corrélée aux droits politiques, la Constitution prévoit plus facilement la suspension des droits des citoyens²²⁷. L'état de dépendance, lié à la démence, à l'état – et non le travail – de domestique ou au fait d'être débiteur, est par exemple un critère suffisant pour perdre la « *dignitas* » et donc le statut de citoyen.

78. La période révolutionnaire et la « révolution des droits politiques » interrogent ainsi « les formes et le contenu de la cité »²²⁸ et font de la communauté des citoyens une catégorie malléable, dont les frontières varient selon les régimes. L'application du principe d'égalité à cette catégorie conduit ainsi à accorder la réalité du pouvoir politique à certains et à en exclure les non-citoyens. Toutefois, la catégorie des citoyens n'est elle-même pas homogène et le principe d'égalité autorise encore le constituant et le législateur à distinguer entre les citoyens autorisés à exercer leurs droits politiques et ceux qui ne le peuvent pas.

2) Des inégalités au sein même de la communauté des citoyens

79. L'uniformisation de la communauté des citoyens a elle-même des limites, dans la mesure où le principe d'égalité autorise, au sein même de celle-ci, les distinctions fondées sur le mérite mais également sur d'autres critères, notamment de richesse.

80. **La dimension libérale du principe d'égalité fondée sur l'idéal méritocratique.** Le principe d'égalité interdit aux pouvoirs publics de procéder à certaines distinctions, notamment celles fondées sur la naissance, mais ne remet en aucun cas en cause toute inégalité. Les philosophes libéraux du XVIII^e siècle tels que Voltaire ou Montesquieu et, plus tard, les penseurs libéraux du XIX^e siècle, comme Mme de Staël, Tocqueville, ou Guizot, sont favorables à une « égalité méritocratique »²²⁹, Montesquieu affirmant que : « Les distinctions naissent du principe de l'égalité lors même qu'elle paraît ôtée par des services heureux ou des talents supérieurs »²³⁰. Ces auteurs définissent l'égalité libérale ou la justice, comme la redistribution des pouvoirs fondée sur le mérite, qui permet de développer librement les capacités naturelles de chacun, sans remettre en

²²⁷ Article 13 du titre II de la Constitution énonce ainsi que la citoyenneté peut être suspendue : « Par l'interdiction judiciaire pour cause de fureur, de démence ou d'imbécillité ; par l'état de débiteur failli, ou d'héritier immédiat ; détenteur à titre gratuit, de tout ou partie de la succession d'un failli ; par l'état de domestique à gage, attaché au service de la personne ou du ménage ; par l'état d'accusation ; par un jugement de contumace, tant que le jugement n'est pas anéanti ».

²²⁸ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, op. cit., p. 91.

²²⁹ FREDMAN Sandra, *Women and the law*, Oxford University Press, 1997, p. 9 : En évoquant Locke et Rousseau : « *His equality of "every man to his natural freedom, without being subjected to the will or authority of any other man" permitted other kinds of inequalities, including those on birth and merit* ».

²³⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in RAVENEL Jules, *Œuvres complètes de Montesquieu*, Paris, 1834, p. 210

cause l'égalité en droit²³¹. Le principe d'égalité tend dès lors à préserver les inégalités dites « naturelles ».

81. Cette conception libérale de l'égalité est présente dans la pensée révolutionnaire et influence la conception de l'égalité retenue par les acteurs juridiques. En effet, malgré la volonté d'inclure le Tiers-État dans la participation politique, il est illusoire pour Sieyès de rendre universelle la figure du citoyen par l'égalité, ce que Pierre Rosanvallon appelle « l'ambiguïté de 1789 »²³². Outre les distinctions naturelles selon le sexe ou l'âge qu'il s'agit de reconnaître, certains citoyens sont, selon Sieyès, moins capables que les autres d'exercer les droits politiques²³³. De même, Condorcet justifie l'exclusion des droits politiques de certains individus en faisant référence aux distinctions naturelles, dont la prise en compte ne contrarie dès lors pas le principe d'égalité²³⁴. Capacité et nature sont ainsi les deux critères permettant d'établir une hiérarchie, dans la pensée libérale, entre les citoyens méritant l'accès au pouvoir politique et ceux qui en sont exclus. La capacité à exercer des droits politiques est en outre liée, dans la pensée méritocratique et libérale, non seulement aux vertus et aux talents, mais surtout à la richesse, garantie de l'autonomie individuelle²³⁵. Les critères permettant de distinguer, au nom de l'égalité, parmi les citoyens quant à l'exercice des droits politiques sont donc liés à la capacité, la richesse, l'autonomie et la prédisposition naturelle²³⁶.

82. Cette dimension libérale de l'égalité a suscité nombre de critiques de la part notamment des penseurs contre-révolutionnaires²³⁷, tels Edmund Burke²³⁸ ou Joseph de Maistre²³⁹ ou des

²³¹ SPITZ Jean-Fabien, *L'amour de l'égalité. Essai sur la critique de l'égalitarisme républicain en France 1770-1830*, Paris, Vrin, 2000, p. 12 : « La légitime égalité des droits ne va pas sans une substantielle inégalité de fait, tant parce que l'épanouissement des différences est l'issue logique de l'impartialité des lois et du refus des privilèges, que parce que l'inégalité des fonctions et des pouvoirs est indispensable au maintien de l'égalité des droits elle-même ».

²³² ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen, op. cit.*, p. 86.

²³³ SIEYÈS Joseph Emmanuel, *Observations sur le rapport du comité de Constitution, concernant la nouvelle organisation de la France*, Versailles, 2 octobre 1789, p. 20-21 : « Nous sommes tous égaux par la protection de la loi et c'est la bonne politique. Mais aussi par cela même que le *civiciat* ou l'ordre des citoyens embrasse tous les étages de l'édifice social, il s'ensuit que les classes infimes, que les hommes les plus dénués, sont bien plus étrangers, par leur intelligence et par leurs sentiments, aux intérêts de l'association [...]. Il reste donc chez nous une classe d'hommes, citoyens par le droit et qui ne le sont jamais par le fait ».

²³⁴ CONDORCET, *Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales*, 1788, p. 17 : « Parmi les exclusions au droit de cité, il y en a qu'on peut regarder comme naturelles ; par exemple, l'exclusion des mineurs, des moines, des domestiques, des hommes condamnés pour crime et tous ceux qui peuvent être supposés n'avoir pas une volonté éclairée ou une volonté propre ; de ceux qu'on peut légitimement soupçonner d'une volonté corrompue ».

²³⁵ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848, op. cit.*, p. 35 : « C'est ainsi que l'instauration d'une hiérarchie au sommet de laquelle n'a accès que l'élite économique des citoyens trouve sa légitimité sans se renier : c'est que l'égalité et la liberté, au fondement de la sphère économique et sociale qui répartit les propriétés et les richesses en fonction, pense-t-on, des mérites individuels (donc naturels) et non plus sur la naissance, sont bien elles aussi au fondement de la société politique ».

²³⁶ Voir le discours du député Mounier, pendant les débats de 1789, archives parlementaires, tome 8, séance du vendredi 4 septembre 1789, p. 556 : « On ne peut pas admettre tous les citoyens indistinctement au nombre des électeurs et des éligibles ; ce serait s'exposer à confier le sort de l'État à des mains inexpérimentées qui en consommeraient rapidement la ruine [...]. Ces réflexions ont déterminé le comité à proposer d'admettre parmi les électeurs tous ceux qui paieront une imposition directe égale au prix de trois journées de travail [...]. Il serait convenable de ne déclarer éligibles que ceux qui possèderaient une propriété foncière. C'est un hommage rendu à la propriété qui complète la qualité de citoyen ».

²³⁷ Voir BINOCHE Bertrand, *Critiques des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989.

penseurs socialistes tels que Marx²⁴⁰. Selon ces critiques, d'une part, le principe d'égalité conduit à l'égal accès aux droits politiques et donc au pouvoir souverain d'une catégorie restreinte d'individus, excluant les classes sociales les moins favorisées. D'autre part, seules les inégalités de droit sont remises en cause par le principe d'égalité devant la loi, perpétuant les inégalités de conditions. Pierre Leroux a également critiqué le « régime des castes » perpétué par l'égalité, telle que majoritairement interprétée au moment de la Révolution française et la hiérarchie qui en résulte²⁴¹. Les castes de la famille existant sous la société d'ordres de l'Ancien Régime ont laissé place aux castes de propriété, à la distinction de classe entre propriétaires et prolétaires, une nouvelle aristocratie fondée sur la capacité, l'intelligence et le savoir²⁴². Il remet en cause, plus généralement, « le processus démocratique qui fait passer la souveraineté du roi à celle du peuple en conférant en fait le pouvoir au despotisme de l'Assemblée »²⁴³. La volonté générale issue de la nation est par conséquent une illusion permettant l'exercice du pouvoir politique par une partie des citoyens, l'autre partie n'étant non pas soumise à la volonté de la collectivité, comme le prônait Rousseau dans *Le Contrat social*, mais à la volonté des représentants, qui ne représentent que leurs propres intérêts bourgeois. Il s'agit de s'interroger sur la mise en œuvre, au moment de la Révolution, de la conception libérale de l'égalité et son implication s'agissant de division de la sphère des citoyens en différentes catégories hiérarchisées, en termes d'accès au pouvoir.

83. La distinction entre citoyens actifs et citoyens passifs et la création de critères d'exclusion du pouvoir politique. En 1789, on constate la « prééminence de la dimension symbolique de la citoyenneté (égalité et inclusion) sur sa dimension institutionnelle (participation électorale) »²⁴⁴ menant à un « partage à l'intérieur même de cette équivalence première »²⁴⁵. En effet, si tous les citoyens participent au pouvoir politique, directement ou indirectement par le biais de représentants, et constituent la nation souveraine, cette participation est avant tout symbolique, la législation révolutionnaire faisant des électeurs et des représentants les détenteurs du pouvoir politique réel. Afin de ne pas exclure une partie de la population de la citoyenneté et de respecter l'égalité des droits, tout juste proclamée, tout en distinguant entre les citoyens capables d'exercer leurs droits politiques et ceux qui en sont incapables, les constituants et

²³⁸ GENGEMBRE Gérard, « Burke », in Furet François, Ozouf Mona, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 943-960.

²³⁹ BOFFA Massimo, « Joseph de Maistre », in FURET François, OZOUF Mona, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 1013-1019.

²⁴⁰ MARX Karl, *La question juive*, traduction de Jean-Michel Palmier, Paris, Union générale d'éditions, 1968, p. 34 et s.

²⁴¹ LE BRAS-CHOPARD Armelle, *De l'égalité dans la différence. Le socialisme de Pierre Leroux*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1986, p. 154.

²⁴² *Ibid.*, p. 213.

²⁴³ *Ibid.*, p. 192.

²⁴⁴ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 113.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 82.

législateurs révolutionnaires ont établi la distinction entre *citoyens actifs* et *citoyens passifs*, selon des critères qu'il convient d'identifier. Cette distinction a été formulée par Sieyès durant les débats du 21 juillet 1789, alors que celui-ci défendait le caractère sacré et fondamental de l'égalité des droits politiques²⁴⁶. Outre les exclusions qui apparaissent comme naturelles et évidentes, comme celles des femmes et des enfants, Sieyès appelle aussi à exclure de la participation politique ceux dont les moyens économiques ne leur permettent pas de contribuer au budget de l'État. L'égalité des droits politiques est dès lors « proportionnelle à celle des services rendus à la communauté »²⁴⁷ et en premier lieu par la contribution financière, le cens.

84. L'article 3 du décret du 22 décembre 1789 relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives, fixe ainsi les conditions pour être citoyen actif et détermine les critères de la capacité politique : être français, être majeur de vingt-cinq ans, être domicilié dans le canton depuis au moins un an, payer une contribution directe de la valeur locale de trois jours de travail, et ne pas être domestique à gage. Les débats du 22 octobre 1789 montrent que la distinction entre citoyens actifs et passifs n'a pas été dans l'ensemble contestée au nom de l'égalité, hormis par quelques-uns (Adrien Duport, Defermon, l'abbé Grégoire ou Robespierre)²⁴⁸. Ces conditions sont reprises à l'article 2 de la section II, du chapitre I de la Constitution du 3 septembre 1791, auxquelles sont ajoutées l'inscription au rôle des gardes nationales et la prestation du serment civique. Les élections relatives à la députation nationale étant à deux degrés, des conditions de fortune encore plus strictes sont exigées pour être éligibles aux assemblées primaires et au Corps législatif²⁴⁹. La condition de cens entraîne ainsi l'exclusion des plus pauvres du vote et de l'éligibilité, de même que la condition de domicile exclut les vagabonds. L'exclusion de la citoyenneté active est d'autant plus importante qu'elle semble être également une condition, selon certains auteurs, de l'accès aux emplois publics, et ce en dépit du

²⁴⁶ Archives parlementaires, tome 8, séance du mardi 21 juillet 1789, p. 259 : « Tous les habitants d'un pays doivent y jouir des droits de citoyens passifs : tous ont droit à la protection de leur personne, de leur propriété, de leur liberté, etc., mais tous n'ont pas droit à prendre une part active dans la formation des pouvoirs publics ; tous ne sont pas des citoyens actifs. Les femmes, du moins dans l'état actuel, les enfants, les étrangers, ceux encore qui ne contribuent en rien à soutenir l'établissement public ne doivent point influencer activement sur la chose publique. Tous peuvent jouir des avantages de la société, mais ceux-là seuls qui contribuent à l'établissement, sont comme les vrais actionnaires à la grande entreprise sociale. Eux seuls sont les véritables citoyens actifs, les véritables membres de l'association ».

²⁴⁷ OZOUF Mona, « Égalité », *op. cit.*, p. 698.

²⁴⁸ Archives parlementaires, tome 9, séance du jeudi 22 octobre 1789, p. 479.

²⁴⁹ Archives parlementaires, tome 9, séance du jeudi 29 octobre 1789, p. 599. En plus des conditions tenant à la qualité de citoyen actif, le décret du 22 décembre 1789 exige la condition de payer une contribution directe qui se monte au moins à la valeur locale de dix journées de travail, pour être électeur au sein des assemblées primaires. De plus, l'article 7 de la section II du chapitre I de la Constitution de 1791 requiert la preuve de la propriété, de l'usufruit ou la location d'une habitation d'une valeur variant selon le nombre d'habitants de la ville. Enfin, pour être éligible à l'Assemblée nationale, le décret du 29 octobre 1789 exige le paiement d'une contribution directe équivalente à la valeur du marc d'argent et de surcroît, détenir une propriété foncière. L'article 3 de la section III du chapitre I de la Constitution de 1791 revient cependant sur cette disposition, vivement critiquée en particulier par Robespierre (séance du lundi 25 janvier 1790, archives parlementaires, tome 11, p. 320) en prévoyant que : « Tous les citoyens actifs, quel que soit leur état, profession ou contribution, pourront être élus représentants de la nation », limitant quelque peu la dimension exclusive de la condition de cens.

principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la Déclaration de 1789²⁵⁰. En tout état de cause, la marge de manœuvre accordée à l'administration pour l'interprétation des notions de « capacité », « vertu » et « talents » afin d'opérer des distinctions, tend à rendre par définition inégalitaire l'accès aux emplois publics.

85. Outre l'exclusion liée à la richesse ou au mérite, l'exclusion des domestiques peut être expliquée par leur état de dépendance et par l'absence d'autonomie qui caractérise leur statut. La condition d'autonomie trace « une ligne de partage entre la nature et la société, l'espace politique et l'espace domestique, l'*oïkos* et l'*ecclesia* »²⁵¹. Les domestiques, comme les femmes, rattachés à la sphère domestique et familiale, n'ont donc pas leur place dans la sphère politique²⁵². Le décret du 11 août 1792 relatif à la formation de la Convention nationale supprime certes pour un temps la condition du cens et abolit théoriquement la distinction entre citoyen actif et passif, mais continue d'exclure les domestiques de l'exercice des droits politiques. La question de l'exclusion des individus considérés comme dépendants – les mineurs, les aliénés, les religieux, les domestiques et les femmes – est au demeurant peu abordée durant les débats parlementaires, tant elle relève de l'évidence (cf. *infra*). Cette exclusion est par conséquent totalement compatible avec l'idéal égalitaire de la Convention²⁵³. L'article 11 de la Constitution du 24 juin 1793 prévoit ainsi une condition de six mois de domicile pour pouvoir voter – ce qui exclut encore les vagabonds mais aussi domestiques qui n'ont pas de domicile propre, mais une résidence²⁵⁴ – mais ne prévoit aucune condition d'éligibilité, hormis celles qu'il convient de remplir pour voter²⁵⁵. Par conséquent, l'importance fondamentale accordée par la Convention, sur le plan symbolique, à l'idéal égalitaire, n'empêche pas de prévoir l'exclusion de certaines catégories des droits politiques.

86. Les constituants de 1791 et de 1793 utilisent par conséquent différents procédés pour maintenir l'illusion d'une égalité des droits entre les citoyens tout en excluant une partie des citoyens. En premier lieu, si toute la population est en principe titulaire de droits politiques, seuls certains sont autorisés à les exercer. Seule la possession des droits politiques est soumise à l'égalité et non leur jouissance. En 1795, avec l'évolution la conception de la citoyenneté, le

²⁵⁰ CAPORAL Stéphane, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, *op. cit.*, p. 96. Il semble difficile d'affirmer que la qualité de citoyen actif soit une condition de l'admissibilité aux emplois publics, l'article 6 de la Déclaration de 1789 disposant que seule la capacité – bien que celle-ci puisse être entendue comme capacité économique –, la vertu et les talents peuvent conditionner l'accès aux emplois publics. Certains auteurs ont pourtant avancé que c'était le cas notamment en raison du développement du procédé de l'élection pour le recrutement des agents publics (ZARCA Alexis, *L'égalité dans le droit public français de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 94).

²⁵¹ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 142.

²⁵² VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, *op. cit.*, p. 31.

²⁵³ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 164.

²⁵⁴ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, *op. cit.*, p. 36.

²⁵⁵ Article 28 de la Constitution du 24 juin 1793 : « Tout Français exerçant les droits de citoyen est éligible dans l'étendue de la République ».

citoyen se confond avec celui qui jouit des droits : l'illusion de la possession des droits politiques n'est plus nécessaire pour justifier l'exclusion, la qualité de non-citoyen remplissant cette fonction. L'égalité n'est alors plus une valeur aussi fondamentale qu'au début de la Révolution. Ensuite, le vote n'est pas considéré comme un droit, mais comme une fonction, ce qui signifie que l'égalité des droits ne s'applique pas au vote et à l'éligibilité. Seule compte l'appartenance égale à la nation et la participation directe ou indirecte au pouvoir politique²⁵⁶. Enfin, la volonté générale issue de la nation est une fiction et ne correspond pas, dans l'esprit des révolutionnaires, aux volontés individuelles qui seraient exprimées par les citoyens au moyen du vote. Dès lors, comme l'affirme Pierre Rosanvallon, il n'y a « aucun lien automatique entre l'idée de volonté générale et celle d'égalité des volontés »²⁵⁷. La faculté d'exercer le vote n'a pas à être égale, s'il ne conduit pas à former la volonté générale. Cette conception du vote comme fonction, fondée sur la richesse, la propriété et donc l'autonomie, est du reste conservée dans les constitutions postrévolutionnaires.

87. Par conséquent, si en théorie tous les Français sont également citoyens en 1791 et en 1793, l'exclusion de certains de l'exercice du vote revient en pratique à les priver inégalement d'un droit rattaché à la citoyenneté, la participation au pouvoir politique. Mais il ne s'agit pas de penser que l'exclusion de certains citoyens de la faculté d'exercer le vote constitue une « dérogation »²⁵⁸ ou une « exception »²⁵⁹ au principe d'égalité des droits, au sens où les révolutionnaires l'entendent. Elle est au contraire coextensive à celui-ci. D'abord parce que le vote n'est pas considéré comme un droit par le législateur révolutionnaire mais davantage comme une fonction. Ensuite car l'égalité ne conduit pas à remettre en cause les différences évidentes, naturelles ou légitimes selon le constituant ou le législateur. Il n'y a donc pas de « contradiction flagrante entre des principes affirmés d'égalité et de liberté politiques et des tendances profondément enracinées de priver de façon permanente certains groupes humains de leur bénéfice »²⁶⁰. Il s'agit là de la logique même du principe d'égalité, fonctionnant à la fois comme principe d'inclusion et d'exclusion et non pas comme un principe d'inclusion universelle. D'autant plus que, si l'universalité du droit de suffrage a été prônée par les conventionnels Montagnards et notamment par Robespierre, qui y voyait un droit naturel²⁶¹, les révolutionnaires

²⁵⁶ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 245.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 221.

²⁵⁸ OZOUF Mona, « Égalité », *op. cit.*, p. 703 : « La Constituante n'avait pas seulement promis l'égalité devant la loi, mais l'égalité dans la confection de la loi, la participation égale de tous à la formation de la volonté générale. Mais il est clair ici que les constituants ont dérogé à leurs principes : ils ont introduit l'inégalité entre représentants et représentés ; ils ont aggravé leur cas en attachant le suffrage à des conditions de cens ».

²⁵⁹ BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p. 41.

²⁶⁰ CONSTANT Fred, *La citoyenneté*, *op. cit.*, p. 34.

²⁶¹ GUENIFFEY Patrice, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, Paris, Éditions de l'ÉHESS, 1993, p. 66.

ont dans l'ensemble montré une réticence certaine à inscrire une telle universalité dans les normes juridiques. Et si l'idéal universaliste a été proclamé de nouveau avec force par la II^e République en 1848, il convient de montrer que l'universalisme républicain est lui-même aussi fondé sur une logique d'exclusion.

II. L'universalisme républicain construit sur une hiérarchisation des catégories d'individus

88. Les discours politiques et juridiques contemporains affirment couramment, avec évidence, le lien entre l'universalisme républicain et le principe d'égalité. Ce que la Révolution ne serait pas parvenue à faire, la République s'en serait chargée. L'égalité comme principe républicain signifierait, selon cette conception, la négation des identités individuelles et des groupes, l'abstraction de l'individu, le rejet des différences par le droit, et la reconnaissance universelle des droits de l'homme²⁶². Ainsi, la notion d'universalisme républicain a été et est encore largement utilisée et construit comme « pilier inébranlable de la société »²⁶³, par exemple, pour s'opposer à la mise en œuvre de la parité visant à faciliter l'accès des femmes aux sphères de pouvoir²⁶⁴. Pourtant, ce « fameux modèle républicain, universaliste et unitaire, enraciné dans la tradition héritée de la Révolution française »²⁶⁵ en lien avec le principe d'égalité a été fortement idéalisé par nos contemporains. En effet, l'universalisme républicain et l'égalité abstraite sont devenus des « dogmes », permettant la « célébration d'une mythique société des égaux »²⁶⁶. Mais il s'agit de « se tenir à distance d'une simple et abusive idéalisation de l'œuvre républicaine »²⁶⁷, car la dimension exclusive du principe d'égalité demeure même lorsque celui-ci est pensé et formulé dans des termes universalistes. Les exemples de l'instauration du suffrage universel en 1848 (A) et de la législation coloniale mise en place sous la République (B) illustrent particulièrement les aspects inégalitaires de l'universalisme.

²⁶² LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 117 : « Le postulat universaliste implique que les autorités publiques, lorsqu'elles posent des règles ou traitent des cas individuels, fassent abstraction non seulement des caractéristiques telles que l'origine ou le sexe des individus [...] mais aussi de leurs affiliations, de leurs appartenances, de tout ce qui les rattache à un groupe identitaire particulier ».

²⁶³ LÉPINARD Éléonore, BERENI Laure, « La parité ou le mythe d'une exception française », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 79.

²⁶⁴ Cf. partie I, titre II, chapitre II

²⁶⁵ LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 118.

²⁶⁶ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 13.

²⁶⁷ DESCHAMPS Damien, CAILLE Frédéric, « Citoyens inachevés ou citoyens supérieurs : exemples et questions sur l'instrumentation de la citoyenneté républicaine », *Revue française de science politique*, Volume 47, n° 1, février 1997, p. 48.

A. Les exclus du suffrage universel

89. Si la proclamation du suffrage universel a permis l'inclusion des prolétaires dans la sphère de la citoyenneté, elle a par là même autorisé l'exclusion d'autres catégories et instauré une citoyenneté à plusieurs vitesses.

90. **L'inclusion des prolétaires : une certaine conception du suffrage universel en 1848.**

La Révolution de février 1848 est souvent considérée comme l'évènement fondateur du suffrage universel en France²⁶⁸. La II^e République est en effet caractérisée par la volonté politique d'instaurer « le suffrage-égalité, symbole de l'intégration sociale et couronnement d'une société d'égaux »²⁶⁹. L'instauration du suffrage universel en 1848 fait suite aux revendications de l'égalité politique par les prolétaires opposés au système censitaire à partir des années 1830. Comme en 1789, certaines catégories défavorisées s'opposent aux castes et aux privilèges incarnés en 1848 par l'accaparement par les plus riches (les propriétaires) du pouvoir politique au moyen du vote censitaire et de l'éligibilité restreinte. Les revendications du suffrage universel, dès les années 1830, se manifestent donc avant tout comme une contestation d'une forme d'oppression sociale, liée à une dimension de classe : celle de l'exclusion des droits politiques des prolétaires, des « ilotes »²⁷⁰. Confortant l'idée d'intégration sociale, le gouvernement provisoire proclame le 2 mars 1848 l'avènement du suffrage « sans condition de cens » et déclare le 19 mars 1848 qu'à « dater de cette loi, il n'y a plus de prolétaires en France »²⁷¹.

91. L'instauration du suffrage universel a donc une signification précise en 1848, en ce qu'il vise l'inclusion dans la sphère des citoyens de la catégorie des prolétaires. Cela explique que la dimension « universelle » du suffrage ne comprenne pas toutes les catégories d'exclus et ne remette pas en cause toutes les formes d'inégalités politiques. Car comme l'explique Pierre Rosanvallon, « le suffrage universel n'est pas tant appréhendé comme une technique du pouvoir populaire que comme une sorte de sacrement de l'unité sociale » : il sert plus de « principe de légitimation » du pouvoir que de principe de gouvernement ou de mode électoral²⁷². L'universel permet, en somme, de maintenir l'ordre et la stabilité du régime par l'inclusion politique et sociale de certains, mais ne signifie pas l'extension du droit de vote à tous les exclus. Cependant, il s'agit bien, pour les républicains de l'instauration du suffrage *universel*, dans la mesure « où il est pensé

²⁶⁸ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848, op. cit.*, p. 114.

²⁶⁹ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen, op. cit.*, p. 393.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 338. Ce terme « sert à stigmatiser le rejet politique des masses sous la Monarchie de juillet ».

²⁷¹ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848, op. cit.*, p. 130.

²⁷² ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen, op. cit.*, p. 376.

comme tel»²⁷³ et où la signification de ce que comprend l'universel varie en fonction des époques. L'égalité et l'universalité peuvent, en effet, être appréhendées comme des notions sur lesquelles s'appuient les revendications sociales en quête d'inclusion dans la reconnaissance des droits, mais leur contenu est soumis à la variabilité de ces luttes sociales. Il est pour cette raison inexact de penser que l'universalité du suffrage signifie en 1848 l'extension des droits politiques à tous les Français. De même, il n'y a aucune « contradiction entre l'idée que les constituants se faisaient d'un universel complètement réalisé et l'universel qu'ils ont effectivement réalisé »²⁷⁴, puisque l'universalité est définie elle-même par les républicains comme excluant une partie de la population. On ne peut donc pas en déduire que le suffrage instauré en 1848 n'est pas véritablement universel, mais bien que le suffrage universel, dans sa définition même, est exclusif, à l'instar du principe d'égalité.

92. D'autant plus que l'universalité du suffrage, entendue comme l'extension des droits politiques aux prolétaires, est loin d'être une évidence chez les républicains et constitue, aux prémisses de la revendication, seulement le souhait des plus radicaux d'entre eux. Nombreux sont les hommes politiques, notamment les conservateurs comme Guizot, qui craignent les effets du pouvoir dans les mains des classes populaires²⁷⁵. Ainsi, pour réduire la tension entre d'une part, l'affirmation de l'universalité du suffrage et l'inclusion des masses dans la citoyenneté et d'autre part, la préservation de la République et le rejet de la monarchie, les républicains « ont besoin en permanence d'en circonscrire le caractère historique en se protégeant derrière le thème de l'immaturation du peuple ou le plus souvent, d'en limiter sociologiquement la portée en faisant le procès du monde paysan »²⁷⁶. Partant, les exclusions à l'universalité du suffrage se trouvent tant dans la législation conservatrice que dans la législation républicaine de l'époque.

93. **Les exclusions autorisées lors de la proclamation du suffrage universel.** Le socialiste Pierre Leroux a critiqué le caractère exclusif du suffrage universel, en dénonçant le fait qu'« aucune démocratie n'a jamais réalisé un suffrage intégral. Tout se passe au contraire, si l'on en juge par exemple la seconde République, comme si celle-ci, après avoir proclamé le suffrage universel, n'avait qu'un seul but : réduire cette universalité »²⁷⁷. Le décret du 5 mars 1848 fixant les modalités d'élection de l'Assemblée constituante dispose pour la première fois en son

²⁷³ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, op. cit., p. 131.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 115.

²⁷⁵ BOUGLÉ-MOALIC Anne-Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 31. Le coup d'État de Louis-Napoléon Bonaparte du 2 décembre 1851, soutenu par la population paysanne, suivi du retour de l'Empire par le sénatus-consulte du 7 novembre 1852 après plébiscite, confirme les craintes républicaines.

²⁷⁶ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, op. cit., p. 460.

²⁷⁷ LE BRAS-CHOPARD Armelle, *De l'égalité dans la différence. Le socialisme de Pierre Leroux*, op. cit., p. 215.

article 5 que : « Le suffrage sera direct et universel » et à l'article 6 que sont électeurs tous les Français âgés de vingt et un ans, résidant dans la commune depuis six mois et non judiciairement privés ou suspendus de l'exercice des droits civiques²⁷⁸. L'éligibilité est quant à elle soumise à la condition d'être un électeur âgé de vingt-cinq ans. Sous la pression populaire, les auteurs du décret se sont par conséquent ralliés à une conception plus extensive du suffrage universel que celle prévue initialement²⁷⁹, bien que celle-ci engendre tout de même certaines exclusions, dont les femmes, les mineurs et les aliénés mentaux, considérés comme dépendants et incapables de discernement rationnel²⁸⁰. Ainsi, à la suite du décret du 5 mars 1848, la loi du 15 mars 1849 organise le suffrage universel en portant le corps électoral de 246 000 à presque dix millions d'électeurs²⁸¹.

94. Néanmoins, elle prévoit en même temps un système de privation des droits civiques²⁸², qui sera repris par le décret du 2 février 1852²⁸³ et « demeurera sans grand changement sous les III^e, IV^e et V^e Républiques »²⁸⁴. La « dignitas » fonctionne là encore, comme sous la Révolution, comme une condition d'accès au statut de citoyen : la restriction du corps électoral est justifiée par « la dignité du suffrage » et « l'honneur de l'électorat », les exclus étant considérés coupables d'« indignité civique »²⁸⁵. Tous doivent ainsi respecter la propriété ainsi que les bonnes mœurs pour pouvoir demeurer dans la sphère des citoyens, mais les plus pauvres représentent majoritairement les « indignes civiques »²⁸⁶, perpétuant en quelque sorte une logique censitaire et dignitaire.

²⁷⁸ Décret du 5 mars 1848, *Bulletin des lois de la République française*, n° 5, p. 47.

²⁷⁹ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, *op. cit.*, p. 120. Si les conditions pour pouvoir voter sont limitées à la nationalité française, la majorité, la résidence, et la non-interdiction judiciaire, cette ouverture du suffrage va plus loin que la conception du suffrage universel défendue de prime abord par l'un des auteurs du décret du 5 mars, Cormenin. En effet, selon celui-ci, « l'intelligence ou la capacité est l'expression du vote » et de ce fait, il en exclut les femmes et les mineurs, dont l'intelligence n'est naturellement pas formée, les interdits (les criminels et les personnes déficientes) qui l'ont perdue et les domestiques, qui ne sont pas libres et n'ont pas l'intelligence requise.

²⁸⁰ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 550.

²⁸¹ Loi électorale des 8 et 18 février et 15 mars 1849, *Bulletin des lois de la République française*, n° 136, p. 227.

²⁸² L'article 3 de la loi de 1849 exclut ainsi du droit de vote les individus condamnés à des peines afflictives et infamantes, ceux dont les tribunaux ont interdit le droit de vote et d'élection, les condamnés pour crime à l'emprisonnement, les condamnés à trois mois de prison pour vol, escroquerie, abus de confiance, soustraction commise par des dépositaires de deniers publics ou attentat aux mœurs (proxénétisme), les condamnés à trois mois de prison pour boissons falsifiées et fraude commerciale, les condamnés pour délit d'usure, les interdits et les faillis non réhabilités. L'article 79, adopté à la suite de l'amendement proposé par Pierre Leroux déclare en outre inéligibles ceux qui ont été condamnés pour adultère.

²⁸³ Décret organique pour l'élection des députés au Corps législatif, *Bulletin des lois de la République française*, n° 488, p. 249.

²⁸⁴ SIMONIN Anne, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité. 1791-1958*, Paris, Grasset, 2008, p. 110.

²⁸⁵ Voir l'intervention du procureur Emile Vesin devant l'Assemblée le 7 mars 1849, qui craint la désignation des représentants « aussi bien par des voleurs et des repris de justice, que par des citoyens honnêtes [...] vous feriez descendre dans l'opinion la moralité et la dignité du suffrage universel » (*Le Moniteur universel*, JORF du jeudi 8 mars 1849, p. 752).

²⁸⁶ SIMONIN Anne, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité. 1791-1958*, *op. cit.*, p. 122. Le vol et l'outrage public à la pudeur sont les deux chefs d'inculpation qui causent le plus souvent l'indignité civique, les « crimes des pauvres » comme le souligne Pierre Leroux.

95. Les élections du 10 mars 1850 marquent de nouveaux « rapports de force en défaveur des dominés »²⁸⁷ avec la réapparition des conservateurs au pouvoir et la réduction importante du corps électoral qui s'ensuit, renforçant les exclusions de la loi de 1849. Mais pour respecter le suffrage universel, le législateur ne peut fixer ni condition de cens pour être électeur ni condition de domicile pour être éligible. Néanmoins, les auteurs de la loi du 31 mai 1850 souhaitent « frapper les électeurs les plus pauvres considérés comme les plus sensibles à la propagande démocrate socialiste »²⁸⁸ et introduisent pour ce faire la condition de trois ans de domicile à la place de la simple condition de six mois de résidence. La citoyenneté est par conséquent rattachée à la vertu et au respect des institutions²⁸⁹, conduisant à forger une identité normalisée de la figure du citoyen, par définition exclusive. Cette redéfinition du suffrage universel aboutit à exclure du droit de suffrage trois millions d'individus, soit trente pour cent du corps électoral antérieur, frappant surtout les classes les plus pauvres, « les ouvriers itinérants, les compagnons faisant le tour de France, les ouvriers chassés par la crise, les migrants ruraux », ainsi que les « militants politiques », compromis durant les journées de juin 1848²⁹⁰. Et même lors du retour des républicains au pouvoir après 1870, les lois électorales prévoient encore des limitations au suffrage universel²⁹¹. Par ailleurs, les restrictions légales au suffrage universel s'accompagnent d'une exclusion de fait de ceux qui ne correspondent pas au modèle dominant du citoyen.

96. **Les exclusions sociales de la citoyenneté malgré l'instauration du suffrage universel.** Malgré la demande d'intégration sociale lors des revendications liées au suffrage universel en 1848, la proclamation de l'égalité politique n'aboutit pas à remettre en cause les inégalités sociales²⁹². Ainsi, le système censitaire demeure réel dans la pratique du suffrage universel : « Il est manifeste que la fonction d'électeur était dévolue à des propriétaires plutôt qu'à

²⁸⁷ GARRIGOU Alain, *Histoire sociale du suffrage universel en France (1848-2000)*, *op. cit.*, p. 14.

²⁸⁸ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, *op. cit.*, p. 134.

²⁸⁹ L'article 8 de la loi du 31 mai 1850 (*Bulletin des lois de la République française*, n° 266, p. 605) exclut du droit de vote « les condamnés à plus d'un mois d'emprisonnement pour rébellion, outrages et violences envers les détenteurs de l'autorité ou de la force publique, pour délits prévus par la loi sur les attroupements et la loi sur les clubs (28 juillet 1848) et pour infraction à la loi sur le colportage, et les militaires envoyés par punition dans les compagnies disciplinaires ».

²⁹⁰ HUARD Raymond, *Le suffrage universel en France. 1848-1946*, Paris, Aubier, 1991, p. 54-55.

²⁹¹ Par exemple, la loi du 21 novembre 1872 (*Bulletin des lois de la République française*, n° 111, p. 465) exclut les domestiques de la composition des jurys et les articles 31 et 32 de la loi municipale du 5 avril 1884 interdisent d'être éligible aux conseils municipaux les domestiques, les militaires, mais également les personnes secourues habituellement par les bureaux de bienfaisance, les indigents en d'autres termes (*JORF* du 6 avril 1884, p. 1859). En outre, les individus condamnés pénalement se voient privés de droits politiques, de façon définitive ou temporaire, les peines susceptibles d'entraîner une telle exclusion variant selon les législations. La loi du 27 juillet 1872 sur le recrutement des militaires dans l'armée interdit également le vote des militaires en exercice, exclusion confirmée par la loi électorale du 30 novembre 1875, écartant du suffrage une partie importante des jeunes adultes (HUARD Raymond, *Le suffrage universel en France. 1848-1946*, *op. cit.*, p. 117).

²⁹² GARRIGOU Alain, *Histoire sociale du suffrage universel en France (1848-2000)*, *op. cit.*, p. 12-14 : « Le suffrage universel ne s'est pas imposé subitement parce qu'il avait été instauré par un décret du 5 mars 1848 [...] En somme, l'institution peut être égalitaire dans son principe tout en s'accommodant des relations de domination sociale ».

des hommes»²⁹³. Ce constat sociologique peut notamment être expliqué par le fait que la citoyenneté est davantage considérée comme un devoir moral, une fonction sociale, qu'un droit individuel. Les citoyens sont par conséquent ceux qui détiennent une certaine «dignité électorale», en évitant par exemple l'état d'ébriété signifiant la non-maîtrise de son corps et entraînant l'incapacité à voter²⁹⁴. L'instauration d'une communauté de citoyens normalisés s'exprime notamment par la construction de l'école républicaine comme «entreprise de culture commune» et de «formation de l'identité citoyenne»²⁹⁵. Pierre Rosanvallon évoque le thème récurrent de l'éducation chez les républicains, «comme processus compensateur et correcteur de l'immaturation du peuple»²⁹⁶. La loi du 28 mars 1882 instaure ainsi la scolarité gratuite, laïque, et obligatoire²⁹⁷, véritable formation à la citoyenneté républicaine et à la «démopédie»²⁹⁸. Néanmoins, les républicains mettent en place une «société des capacités» permettant de concilier «l'égalité civile et politique et la hiérarchie des intelligences»²⁹⁹, l'école créant une hiérarchie sociale par l'instauration de cursus différenciés.

97. L'idée d'une citoyenneté à plusieurs vitesses au cœur de l'idéal universaliste, instaurant une inégalité entre les citoyens et formant une norme de la citoyenneté, est également présente dans la législation républicaine relative aux décorations. Les citoyens les plus méritants sont distingués en fonction de leurs talents et de leurs capacités, notamment par l'ordre de la Légion d'honneur, instaurée par la loi du 25 juillet 1873 relative aux récompenses nationales³⁰⁰. Cette distinction crée non seulement une «citoyenneté supérieure»³⁰¹, émanant de la conception méritocratique de l'égalité, mais établit aussi un modèle du citoyen. La figure du travailleur fait partie intégrante de ce modèle du citoyen, le droit de suffrage étant une fonction virile et morale liée au travail des hommes³⁰². La figure du citoyen-propriétaire a laissé place à la figure du citoyen

²⁹³ *Ibid.*, p. 270.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 251.

²⁹⁵ LABORDE Cécile, «La citoyenneté», *op. cit.*, p. 118.

²⁹⁶ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 462-468 : voir la citation d'Alfred Fouillée en 1884 : «Le suffrage universel a ses contradictions intimes, ses "antinomies" qui sont autant d'énigmes que la démocratie doit résoudre [...]. Toutes ces contradictions reviennent à l'antinomie fondamentale du droit de suffrage accordé à tous et de la capacité, qui n'appartient réellement qu'à un certain nombre [...]. Réconcilier la supériorité numérique avec la supériorité intellectuelle, voilà la quadrature du cercle de la démocratie» et celle de Gambetta en 1871, p. 470 : «Il faut se tourner vers les ignorants et les déshérités et faire du suffrage universel, qui est la force par le nombre, le pouvoir éclairé par la raison».

²⁹⁷ *JORF* du 29 mars 1882, p. 1697.

²⁹⁸ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 487.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 498.

³⁰⁰ *Bulletin des lois de la République française*, n° 144, p. 57.

³⁰¹ CAILLE Frédéric, «Une citoyenneté supérieure. L'improbable "fonction" des membres de la légion d'honneur dans la République», *Revue française de science politique*, Volume 47, n° 1, février 1997, p. 70-88

³⁰² VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, *op. cit.*, p. 138 : «Parce qu'il travaille et contribue à la richesse de la nation, ce citoyen a le droit de faire partie de la souveraineté nationale».

travailleur, permettant l'inclusion des ouvriers, mais excluant de la citoyenneté ceux qui ne correspondent pas à cette norme républicaine de l'indépendance par le travail.

98. La tension qui existe au sein de l'idéal républicain du suffrage universel est par conséquent indéniable : d'un côté, « la citoyenneté républicaine a fonctionné comme une utopie critique du social, promettant à terme l'affranchissement de tous » et, de l'autre, « comme une norme génératrice d'exclusion, qui ne prend sens que dans la frontière qu'elle établit entre citoyens en non-citoyens »³⁰³. Une telle frontière est particulièrement prégnante dans la législation républicaine relative aux colonies, où l'universalisme s'accommode là encore d'une hiérarchisation de catégories d'individus créée par le droit.

B. L'écart entre un droit métropolitain universel et un droit colonial hiérarchisant

99. Le gouvernement provisoire de la II^e République abolit l'esclavage par le décret du 27 avril 1848³⁰⁴ et permet en principe aux esclaves affranchis, en particulier ceux des Antilles et de la Réunion, de participer au suffrage universel et en premier lieu à l'élection d'une nouvelle assemblée constituante, comme n'importe quel citoyen français. Le gouvernement refuse ainsi de considérer les anciens esclaves comme des « demi-citoyens » ou comme « des hermaphrodites politiques »³⁰⁵ et « n'entend plus faire de distinction dans la famille humaine »³⁰⁶. Pourtant, s'agissant des personnes natives des territoires colonisés qui n'ont jamais été esclaves et notamment des populations d'Algérie, les républicains maintiennent une telle distinction en créant la catégorie « indigène », indigne par excellence de la citoyenneté. L'exclusion est double : le statut des indigènes les exclut, sur le plan politique, du suffrage universel et, sur le plan civil, des droits, puisqu'ils demeurent soumis à son statut personnel³⁰⁷. Une telle exclusion conduit à interroger le « mythe fondateur de l'égalité républicaine »³⁰⁸. Entendu pour beaucoup d'auteurs comme le fondement des valeurs républicaines, ce mythe est « plutôt une légende et s'il contient sa part de vérité, comme toute légende, il embellit aussi le passé et donne finalement plus à rêver

³⁰³ LABORDE Cécile, « La citoyenneté », *op. cit.*, p. 117.

³⁰⁴ Décret du 27 avril et 3 mai 1848, *Bulletin des lois*, Tome VI, années 1848, 1849 et 1850, p. 100 : « Considérant que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine. Qu'en détruisant le libre arbitre de l'homme, il supprime le principe naturel du droit et du devoir. Qu'il est une violation flagrante du dogme républicain "Liberté, Égalité, Fraternité" [...] ».

³⁰⁵ SAADA Emmanuelle, « La République des indigènes », in DUCLERT Vincent, PROCHASSON Christophe, *Dictionnaire critique de la République*, Paris Flammarion, 2007, p. 365.

³⁰⁶ SAADA Emmanuelle, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *Genèses*, 2003/4 n° 53, p. 16.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 16.

³⁰⁸ MÉLIN-SOUCRAMANIEN FERDINAND, « Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les "classifications suspectes" », *Recueil Dalloz* 2007 p. 3017.

qu'à savoir»³⁰⁹. L'égalité républicaine est en effet à l'origine d'une législation coloniale profondément inégalitaire, même si elle a permis l'inclusion dans la sphère des citoyens de catégories d'exclus, tels que les esclaves. Plus encore, «il n'est pas pertinent de présenter ce système comme étant simplement contraire aux principes de la République puisque, dans une très large mesure, cette législation coloniale a été l'expression d'une volonté fondamentalement républicaine»³¹⁰. Si l'universalisme républicain conduit dans certains cas à nier les différences pour affirmer l'égalité des droits, il permet aussi la prise en compte des différences de situation pour justifier une différence de traitement inégalitaire.

100. **La construction de la catégorie des « indigènes » différenciés par leur race.** Les populations des colonies françaises et des départements algériens étant soumises à la souveraineté de l'État français, elles sont composées de ressortissants de nationalité française, contrairement aux habitants des protectorats qui conservent la nationalité de leur pays demeuré souverain³¹¹. Toutefois, le droit républicain de la nationalité ne s'applique pas de la même façon sur le territoire métropolitain et dans les colonies³¹². Et si les habitants des colonies sont considérés comme des ressortissants français et non comme des étrangers, ils ne sont pas pour autant traités juridiquement de la même façon que les « Français de France »³¹³. Cette « dualité du droit français »³¹⁴ se manifeste notamment en matière de reconnaissance des droits civils, liés à la nationalité française et des droits politiques, liés à la citoyenneté française. Deux types de discours coexistent ainsi au sein de la République, qui ne sont jamais perçus comme contradictoires : « D'une part un discours officiel corollaire à l'entreprise coloniale appuyé sur les valeurs universalistes ; d'autre part, un discours pratique officieux structurellement particulariste »³¹⁵. La tension qui existe au sein du droit de la nationalité et dans les principes républicains de la citoyenneté est visible dans le contexte de la « domination coloniale » sur le territoire des colonies, où les normes juridiques sont manipulées pour distinguer les « indigènes » des « Européens »³¹⁶. Le

³⁰⁹ MAULIN Éric, « Les statistiques ethniques et le mythe de la conception républicaine de l'égalité », *Bulletins de l'Observatoire des politiques économiques en Europe*, 2009, p. 4.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 6.

³¹¹ SAADA Emmanuelle, « Un droit postcolonial », *Plein droit*, n° 74, octobre 2007, p. 13.

³¹² La loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, qui prévoit l'acquisition de la nationalité de toute personne née sur le territoire français, de parents nés sur le territoire français, est certes applicable aux colonies, mais elle ne concerne pas les indigènes, notamment en Algérie. Le décret du 7 février 1897 relatif à la naturalisation dans les colonies autres que la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion, dispose à l'article 8 du titre I qu'est Français : « Tout individu né aux colonies de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue ». Mais il maintient une ambiguïté quant à la situation des « indigènes » en énonçant à l'article 17 du titre III qu'« il n'est rien changé à la condition des indigènes dans les colonies françaises ».

³¹³ SAADA Emmanuelle, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *op. cit.*, p. 16.

³¹⁴ Sur cette question, voir URBAN Yéri, *L'indigène dans le droit colonial français. 1865-1955*, Paris, Fondation Varenne, 2010.

³¹⁵ CONSTANT Fred, *La citoyenneté*, *op. cit.*, p. 50.

³¹⁶ SAADA Emmanuelle, « La République dans l'histoire coloniale », *Cahiers Jaurès*, 2003/3 n° 169-170, p. 42.

mot « indigènes » désigne « tous les habitants nés dans les territoires colonisés »³¹⁷, à ceci près que les enfants des colonisateurs nés dans les colonies restent des non-indigènes, le principe de « droit du sol » étant ici écarté au profit de celui de « droit du sang ». Le droit joue alors un rôle important en tant qu'« instrument de domination et de légitimation de l'ordre colonial » en structurant « les identités sociales des différents groupes prenant part à la rencontre coloniale »³¹⁸.

101. La différence de traitement entre les « Européens » et les « indigènes » peut être expliquée par le racisme qui anime, au moment de la colonisation, aussi bien les discours des hommes politiques républicains que ceux, par exemple, des commissaires du gouvernement du Conseil d'État³¹⁹. Le racisme peut se définir comme « la prise en compte exclusive de la sensation, c'est-à-dire des éléments matériels, visibles, d'un groupe d'individus (couleur de la peau, nature des cheveux, sang, forme du crâne, etc.), pour déduire de ces différences physiques des inégalités morales et intellectuelles et justifier ainsi l'inégalité des races »³²⁰. Les discours républicains relatifs à l'entreprise coloniale évoquent, selon cette conception, la « mission civilisatrice » de la nation civilisée qu'est la France, justifiée par un idéal d'égalité entre les hommes, envers les populations non civilisées et des races inférieures³²¹. Dès lors, « la réalisation progressive de l'égalité implique de traiter différemment des populations placées, au regard de la civilisation, de la culture et de la vérité, dans des situations différentes »³²², afin, là encore, d'uniformiser la communauté des citoyens français. Les indigènes sont donc avant tout des « non-blancs » et des personnes qui ne sont pas de confession judéo-chrétienne, cette dernière étant un gage de civilisation³²³. Le droit établit en ce sens une distinction entre les religions, certaines étant considérées comme plus acceptables que d'autres, du point de vue des valeurs républicaines³²⁴. Par ailleurs, la distinction entre les races conduit les Républicains à assimiler juridiquement aux indigènes les étrangers vivant sur le territoire des colonies, lorsqu'ils appartiennent à la catégorie des « non-blancs ». C'est

³¹⁷ HESSE Jean-Philippe, « Citoyenneté et indigénat », in KOUBI Geneviève, *De la citoyenneté*, Paris, Litec, 1995, p. 70.

³¹⁸ SAADA Emmanuelle, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *op. cit.*, p. 6.

³¹⁹ WAUQUIEZ-MOTTE Laurent, « L'idée coloniale au miroir du Conseil d'État », in MASSOT Jean, *Le Conseil d'État et l'évolution de l'outre-mer français du XVIII^e siècle à 1962*, Paris, Dalloz, 2007, p. 76 : « La description des différentes races complète l'approche géographique avec les stéréotypes classiques pour l'époque. Ainsi, l'Arabe est belliqueux et l'Hindou songe à assurer son salut éternel par les cérémonies. Le Noir est ainsi décrit : "Les Noirs même les meilleurs d'entre eux n'ont jamais passé pour être des modèles de ces qualités d'épargnes, de prudence et de prévoyance où l'on s'accorde à voir l'un des traits les plus marqués du peuple de France" ».

³²⁰ LE BRAS-CHOPARD Armelle, *De l'égalité dans la différence. Le socialisme de Pierre Leroux*, *op. cit.*, p. 250.

³²¹ Voir sur ce point le discours de Jules Ferry en 1884 : « Si nous avons le droit d'aller chez ces barbares, c'est parce que nous avons le droit de les civiliser [...] Il faut se placer à un point de vue qui domine tout cet ordre de questions, au point de vue d'une race supérieure, qui ne conquiert pas pour son plaisir, dans le but d'exploiter le plus faible, mais bien de le civiliser et de l'élever jusqu'à elle » (débat parlementaire, Chambre des députés, 28 mars 1884, p. 936).

³²² MAULIN Eric, « Les statistiques ethniques et le mythe de la conception républicaine de l'égalité », *op. cit.*, p. 7.

³²³ HESSE Jean-Philippe, « Citoyenneté et indigénat », *op. cit.*, p. 71.

³²⁴ Ainsi, le décret du 24 octobre 1870 dit « Crémieux » (*Bulletin des lois de la République française*, n° 8, p. 109) accorde la citoyenneté française aux juifs d'Algérie, tandis que l'article 2 de la loi du 26 juin 1889 sur l'accès à la nationalité française ne s'applique pas aux musulmans d'Algérie (*JORF* du 28 juin 1889, p. 2977).

le cas des Marocains ou des Tunisiens vivant sur le territoire algérien, des Noirs vivant en Afrique-Occidentale française ou en Afrique-Équatoriale française qui ne sont pas nés dans ces régions, ainsi que les Chinois, Cambodgiens et Siamois vivant en Cochinchine. Le point de vue assimilationniste qui semble animer certains républicains ne guide donc pas le traitement juridique des indigènes. Le racisme de la pensée républicaine empêche en effet d'assimiler les populations non civilisées aux populations civilisées. La distinction entre les races sert dès lors de délimitation au sein du système juridique entre les « Français de France » et les « indigènes », entre les « citoyens » et les « sujets » français.

102. **Un statut civique inégalitaire du fait de la prise en compte de la différence de statut personnel des indigènes.** Les indigènes des colonies ne sont donc pas considérés comme des *citoyens* français, mais comme des *sujets* français, ce qui signifie qu'ils détiennent un statut inférieur en matière de droits politiques mais aussi en termes de droits civils. La crainte sous la III^e République de voir les indigènes prendre part à l'élection des représentants de la Nation a en effet conduit forger la notion de « sujet », qui « est défini à la fois par sa soumission à la souveraineté de la France et par sa non-participation à cette même souveraineté : le sujet est un national français qui n'est pas citoyen »³²⁵. Cependant, la citoyenneté peut être accordée aux indigènes de façon inégalitaire et variable selon les colonies³²⁶. En effet, la question de la citoyenneté s'est posée dans des termes différents pour les colonies formées au XIX^e siècle que pour les anciennes colonies des Antilles et de la Réunion, pour lesquelles l'accession à la citoyenneté est reconnue dès la loi du 24 avril 1833³²⁷.

103. L'exclusion des indigènes de l'égalité citoyenneté est fondée sur l'idée que le statut personnel des indigènes est incompatible avec la qualité de citoyen ; les indigènes ne sauraient en effet participer, indirectement ou directement, à l'élaboration des lois civiles auxquelles ils ne sont pas soumis. Ainsi, contrairement à l'époque révolutionnaire où le statut politique et le statut civil sont pensés comme dissociés, la citoyenneté est ici définie par rapport à l'égalité civile et implique le rejet des projets ouvrant le droit de cité aux indigènes conservant leur statut personnel en matière privée³²⁸. Le respect des coutumes indigènes par les colonisateurs conduit à établir une

³²⁵ SAADA Emmanuelle, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *op. cit.*, p. 17.

³²⁶ Ainsi, l'instruction du 27 avril 1848 (instruction du gouvernement provisoire pour les élections dans les colonies, en exécution du décret du 5 mars 1848, *Bulletin des lois de la République française*, n° 33, p. 341) dans une perspective assimilatrice, dispose qu'au Sénégal, considérée à l'instar des Antilles comme une vieille colonie, tous les hommes de couleur, âgés de plus de vingt et un ans, obtiennent le droit de vote, s'il justifie d'une résidence de plus de cinq ans (ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 573). Il en va de même pour les Établissements français de l'Inde.

³²⁷ Loi du 24 avril 1833 concernant l'exercice des droits civils et des droits politiques dans les colonies, *Bulletin des lois de la République française*, n° 94, p. 116.

³²⁸ SAADA Emmanuelle, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *op. cit.*, p. 16.

« valeur différentielle des statuts juridiques [qui] justifie la hiérarchie des statuts »³²⁹. Les articles 80 et 81 de la Constitution du 27 octobre 1946 accordent ainsi une citoyenneté distincte selon que les ressortissants appartiennent à la République française ou à l'Union française, « c'est-à-dire que l'on distingue deux catégories de citoyens : ceux qui ont le statut personnel indigène et ceux qui bénéficient du statut personnel français »³³⁰. Les indigènes restent par conséquent soumis aux règles juridiques et aux coutumes du territoire colonisé et non au Code civil français. S'écartant d'une logique d'assimilation à la fin du XIX^e siècle, il s'agit pour le droit de concilier le maintien de ces ressortissants français sous la souveraineté de l'État « tout en maintenant les indigènes dans leur indigénité »³³¹. Il est, par conséquent, nécessaire pour les juristes de l'époque de maintenir un statut civil différencié, pour justifier l'exclusion des indigènes de la citoyenneté, leurs différences de culture étant considérées comme incompatibles avec les principes républicains.

104. De plus, outre les inégalités relatives aux statuts civique et civil entre les Européens et les indigènes, la législation républicaine établit dès 1874 en Algérie, puis par la loi du 28 juin 1881, des infractions pénales spécifiques à ces derniers³³². Ce régime pénal exorbitant du droit pénal républicain, variable d'une colonie à une autre, est appelé « code de l'indigénat » et permet aux administrateurs des colonies de maintenir la domination des colonisateurs sur les populations colonisées. Il permet aussi de protéger le « prestige » des premiers face à l'incivilité des seconds, toujours selon une conception raciste des rapports entre ces deux groupes³³³. Ainsi, les régimes spéciaux mis en place en 1881 en Algérie et en Indochine protègent la « dignité » et « l'honneur » des coloniaux, en prohibant les « actes irrespectueux » et tout « propos offensant vis-à-vis d'un agent de l'autorité même en dehors de ses fonctions »³³⁴. En outre, les infractions spécifiques réduisent les droits et libertés des populations colonisées par un contrôle accru de la part des autorités³³⁵. La législation coloniale établit par conséquent un traitement différencié des indigènes, pourtant ressortissants français, qui se traduit par une hiérarchie entre colonisateurs et colonisés, catégories forgées selon une approche raciste. L'étude des conditions d'accès à la citoyenneté française que doivent remplir certains indigènes est significative de la volonté de maintenir cette hiérarchie, afin de ne pas confondre les catégories raciales.

³²⁹ SAADA Emmanuelle, « La République des indigènes », *op. cit.*, p. 367.

³³⁰ CONSTANT Fred, *La citoyenneté*, *op. cit.*, p. 52.

³³¹ SAADA Emmanuelle, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *op. cit.*, p. 15.

³³² *JORF* du 29 juin 1881, p. 3553.

³³³ SAADA Emmanuelle, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *op. cit.*, p. 6.

³³⁴ *Ibid.*, p. 6.

³³⁵ WEIL Patrick, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », *op. cit.*, p. 2. Par exemple, en Algérie, il est interdit de se réunir sans autorisation ou de partir de la commune sans permis de voyage, sous peine d'amende, de séquestre ou d'internement.

105. **Les conditions pour accéder à une citoyenneté française « différée »**³³⁶. L'accession des indigènes à la citoyenneté française suppose qu'ils respectent les valeurs républicaines et renoncent à leur statut personnel, dans une perspective assimilationniste, mais n'entraîne toutefois pas leur inclusion totale au sein de la sphère « universaliste » des citoyens. Les conditions d'accès des indigènes à la citoyenneté permettent de garantir le maintien de la différence entre les colonisateurs et les colonisés. En effet, un indigène ne peut devenir citoyen français s'il conserve sa spécificité et ne se conforme pas à la norme républicaine. Dès lors, la différence subsiste entre les citoyens français les plus méritants, qui respectent la norme républicaine et jouissent des droits qui y sont attachés, et les sujets français, qui conservent leur statut personnel et ne peuvent jouir des mêmes droits que les citoyens. Le candidat à la citoyenneté française doit d'abord être jugé « digne » d'appartenir à la communauté des citoyens français, exigence qui est prégnante dans les dossiers de demande d'accession à la qualité de citoyen français examiné par l'administration ; le candidat doit « tenir dignement dans la société la place que lui assignerait la qualité de citoyen français »³³⁷. La procédure d'accession à la citoyenneté, qui varie selon les territoires, s'apparente donc à un système de récompense des indigènes les plus méritants, c'est-à-dire ceux qui acceptent le mieux les valeurs républicaines. Les conditions d'accès sont dans l'ensemble plus sévères pour les indigènes que pour les autres hommes Français³³⁸.

106. Plus spécifiquement, par exemple dans l'Établissement français de l'Inde, la renonciation au statut personnel permet au renonçant d'être considéré comme un citoyen français³³⁹, mais l'administration détient néanmoins un pouvoir de contrôler la sincérité de la renonciation, au moyen d'une enquête administrative et judiciaire autorisée par le décret du 21 septembre 1881, et de refuser la renonciation³⁴⁰. En Algérie, l'accession à la citoyenneté française s'apparente à un

³³⁶ DESCHAMPS Damien, « Une citoyenneté différée cens civique et assimilation des indigènes dans les établissements français de l'Inde », *op. cit.*, p. 55.

³³⁷ CAOM, fonds du gouvernement général de l'Indochine, dossier 44 799 (dossier individuel d'accession à la qualité de citoyen) cité par SAADA Emmanuelle, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *op. cit.*, p. 7.

³³⁸ HESSE Jean-Philippe, « Citoyenneté et indigénat », *op. cit.*, p. 72. Ils doivent être âgés de vingt et un ans, avoir une connaissance orale et écrite du français, des moyens d'existence, respecter les mœurs, et remplir une des conditions suivantes : servir dans l'armée ou l'administration française, avoir obtenu la Légion d'honneur, posséder un diplôme secondaire ou professionnel supérieur, être marié à une Française ou avoir rendu un service important à l'État.

³³⁹ Cass., 16 juin 1852, 52-1-416, publié au bulletin, n° 58, p. 157 et arrêt du 7 novembre 1883, 1885-1-379, publié au bulletin, n° 211, p. 391 : « L'indigène, qui, par le fait de sa renonciation à son statut personnel, s'est créé un état civil et des intérêts nouveaux semblables en tous points à ceux des Français européens d'origine et se trouve, d'après les termes formels du décret du 21 septembre 1881, régi par les lois civiles et politiques des Français dans la colonie, est fondé à réclamer son inscription sur la liste électorale qui comprend les Français européens ou descendants d'Européens ».

³⁴⁰ Décret du 21 septembre 1881 autorisant les natifs des deux sexes, dans les établissements français de l'Inde, à renoncer à leur statut personnel, *JORF* du 30 septembre 1881, p. 5449. Le décret du 10 septembre 1899 (modifiant le régime électoral des établissements français de l'Inde, *JORF* du 22 septembre 1899, p. 6319) instaure de plus l'idée d'un « cens civique », le vote étant conditionné à l'exercice d'une fonction publique et « fondé sur l'exercice d'un dévouement éclairé en faveur de la chose publique, reconnu ou récompensé par l'État (diplôme, médaille, grade administratif) ou par le souverain (mandats électoraux) »

processus de naturalisation, bien que les indigènes soient en principe déjà des ressortissants français. Les législations permettant l'accès des indigènes à la citoyenneté française exigent ainsi l'abandon du statut personnel. L'administration procède dans ce cas à une enquête relative à la moralité et à la situation familiale du candidat³⁴¹, puis transmet avec l'avis du préfet et celui du gouverneur du ministre de la Justice, puis au Conseil d'État avant la signature d'un décret par le Président de la République³⁴².

107. Cependant, le renoncement des indigènes à leur statut personnel et l'identification aux valeurs républicaines ne suffisent pas à un accès égal aux droits politiques dans le sens où il s'agit en toute hypothèse d'une représentation spécifique des indigènes qui est instaurée. Des collèges électoraux séparés sont en ce sens établis, excluant la possibilité d'une citoyenneté égale, comme l'attestent les régimes électoraux prévus en Inde et en Algérie. Le système prévu dans l'Établissement français des Indes apparaît formellement égalitaire, puisqu'il permet à chaque collège d'électeurs de voter pour un tiers des conseillers généraux³⁴³, mais il est inégalitaire en proportion : il y a en effet beaucoup moins d'électeurs européens (572) que d'électeurs renonçants ou d'électeurs indiens non-renonçants (68 000), ce qui conduit à conférer plus de pouvoir aux électeurs européens³⁴⁴. Un système similaire est mis en place en Algérie par l'ordonnance du 7 mars 1944³⁴⁵. La non-assimilation des citoyens indigènes aux citoyens français

(DESCHAMPS Damien, « Une citoyenneté différée cens civique et assimilation des indigènes dans les établissements français de l'Inde », *op. cit.*, p. 6).

³⁴¹ Le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 relatif à la naturalisation en Algérie requiert le respect du Code civil français et l'abandon de certaines coutumes liées à la religion musulmane, telles que la polygamie, le privilège des mâles en matière de succession ou la répudiation (*Bulletin des lois de la République française*, n° 13504, p. 177).

³⁴² DESCHAMPS Damien, « Une citoyenneté différée cens civique et assimilation des indigènes dans les établissements français de l'Inde », *op. cit.*, p. 8. La loi du 4 février 1919 (*JORF* du 6 février 1919, p. 1358) fixe une nouvelle procédure d'accès des indigènes algériens à la citoyenneté, mais avec des conditions très restrictives : être âgé de vingt-cinq ans, avoir résidé pendant deux ans dans la commune, ne pas être condamné pour certaines infractions, et satisfaire l'une des conditions suivantes, preuves de l'attachement aux valeurs républicaines ou de l'appartenance à une classe sociale supérieure : avoir servi dans l'armée, savoir lire et écrire en français, être propriétaire ou fermier d'un bien rural ou d'un immeuble ou être inscrit au rôle des patentes, être titulaire d'une fonction publique, être investi d'un mandat électif, être titulaire d'une décoration française ou être né d'un indigène devenu citoyen français.

³⁴³ Ainsi, pour les élections locales dans l'Établissement français de l'Inde, deux listes électorales sont établies par le décret du 13 juin 1872, l'une comprenant les électeurs européens et descendants d'Européens et l'autre comprenant les indigènes. La Cour de cassation a répondu par la négative aux demandes des renonçants souhaitant être inscrits sur les listes des Européens (arrêt du 7 novembre 1883, 1885-1-379, publié au bulletin, n° 211, p. 389). Le décret du 26 février 1884 instaure donc une troisième liste, un collège spécial des renonçants doté de son propre quota de sièges pour les élections locales, la citoyenneté des renonçants étant considérée comme une « catégorie intermédiaire » (DESCHAMPS Damien, « Une citoyenneté différée cens civique et assimilation des indigènes dans les établissements français de l'Inde », *op. cit.*, p. 53).

³⁴⁴ Ce mécanisme est remis en cause par le décret du 10 septembre 1899 (*JORF* du 22 septembre 1899, p. 6319), qui supprime le collège des renonçants, mais reverse ces derniers dans le collège indigène et non dans le collège des Européens, perpétuant un système inégalitaire.

³⁴⁵ *JORF*, du 18 mars 1944, p. 217. En 1944, deux collèges d'électeurs sont créés : le premier collège comporte les citoyens français « européens », ainsi qu'une élite musulmane (60 000 personnes) composée de titulaires de diplôme, de décoration, de fonctions publiques ou militaires ; le second collège, participant seulement aux élections municipales et générales, comprend tous les musulmans mâles âgés de vingt et un ans, soit 1 210 000 électeurs. La représentation est là encore inégalitaire, puisque les électeurs du second collège élisent seulement les deux cinquièmes de l'effectif total des assemblées. Voir WEIL Patrick, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », *op. cit.*, p. 13. L'exercice des droits politiques a auparavant été refusé aux indigènes en 1936 à la suite du projet de loi proposé par le sénateur Maurice Viollette visant à accorder l'égalité civique à une élite indigène. Néanmoins, l'ordonnance n° 451837 du 17 août 1945 (*JORF* du 19 août 1945, p. 5155)

trahit dès lors la volonté républicaine de maintenir une inégalité entre les deux catégories, fondée sur une hiérarchisation des statuts juridiques renvoyant aux catégories raciales. Et l'on pourrait multiplier les exemples rendant compte des points de butée de la législation républicaine face à la spécificité indigène, telle que la non-application de la loi de 1905 sur la neutralité religieuse de l'État dans les colonies³⁴⁶. Les limites de l'universalisme et de l'égalité apparaissent ainsi avec les différences – entendues comme inégalités – qui, comme la race, demeurent irréductibles aux yeux des républicains. Mais il ne s'agit pas de penser que cette dimension exclusive de l'universalisme républicain ne concerne que les siècles passés : celui-ci agit encore aujourd'hui comme frontière excluant ceux qui ne sont pas identifiables à la norme et aux valeurs dominantes.

108. **La persistance de l'universalisme républicain comme frontière.** La construction des valeurs républicaines et leur incorporation au sein du droit apparaissent encore aujourd'hui, en matière d'immigration, à la fois comme un système d'intégration, réservant aux plus « dignes » l'appartenance à la communauté, et comme un processus d'exclusion. Les étrangers ne respectant pas les valeurs républicaines se trouvent en effet exclus de la naturalisation ou de la reconnaissance de certains droits, comme la liberté religieuse. Ainsi, s'agissant de l'acquisition de la nationalité française par des étrangers par décret, ceux-ci doivent démontrer leur « assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises [...] et des droits et devoirs conférés par la nationalité française, ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République »³⁴⁷. L'administration préfectorale peut s'opposer à l'acquisition de la nationalité française si le comportement de l'étranger laisse supposer qu'il n'adhère pas aux valeurs essentielles de la République française, telles que la laïcité, la liberté, l'égalité entre les femmes et les hommes ou le respect de l'ordre public et des institutions³⁴⁸.

109. Ainsi, le juge administratif admet que l'administration puisse refuser la nationalité aux conjoints de Français dont la pratique « radicale » de la religion musulmane porte atteinte à l'égalité entre les femmes et les hommes, alors même que la requérante ne faisait preuve d'aucun

introduit l'égalité dans la représentation des électeurs des deux collèges, chacun étant représenté dorénavant par vingt-deux parlementaires, mais maintient tout de même la distinction entre citoyens français et citoyens musulmans.

³⁴⁶ Article 43-2 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, *JORF* du 11 décembre 1905 p. 7205 : « Des règlements d'administration publique détermineront les conditions dans lesquelles la présente loi sera applicable en Algérie et aux colonies ».

³⁴⁷ Articles 21-24 du Code civil. L'article 21-2 énonce de la même manière, pour les déclarations de mariage, que « le conjoint étranger doit en outre justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française ». L'article 21-4 du Code civil dispose en outre que : « Le Gouvernement peut s'opposer, par décret en Conseil d'État, pour indignité ou défaut d'assimilation, autre que linguistique, à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger ».

³⁴⁸ DIEU Frédéric, « Le Conseil d'État, gardien des valeurs essentielles de la société française », *Constitutions*, 2014, p. 175.

activisme religieux³⁴⁹. Dans un arrêt de 2013, le Conseil a même jugé que l'administration pouvait refuser la nationalité au conjoint d'une Française sans faire référence à une pratique « radicale » de la religion, sur le fondement de la « valeur essentielle »³⁵⁰ qu'est l'égalité des sexes³⁵¹. L'égalité des sexes tend ici à être davantage invoquée comme valeur républicaine par l'administration et par le juge afin de s'opposer à la reconnaissance de la nationalité – tant à l'époux qu'à l'épouse –, que pour permettre une jouissance égale des droits par les femmes et les hommes³⁵². Il ne s'agit plus uniquement ici de vérifier que la pratique religieuse est compatible avec les « valeurs essentielles de la République française », mais bien d'exiger que la requérante « les endosse, qu'elle se les approprie »³⁵³. Le principe de laïcité, également considéré comme une valeur républicaine, est lui aussi interprété comme s'opposant à la reconnaissance de droits, en particulier aux minorités religieuses, plutôt que comme conférant des droits, la libre pratique de la religion par exemple³⁵⁴. L'affaire Baby Loup est significative de cette tendance³⁵⁵, les juges judiciaires ayant autorisé le licenciement par une crèche d'une employée en raison du fait qu'elle portait le voile islamique durant son travail avec les enfants, en étendant le principe de laïcité aux salariés des associations privées³⁵⁶.

110. Dès lors, la rhétorique de l'universalisme républicain et celle des valeurs qui y sont rattachées, notamment l'égalité, la laïcité et le « vivre ensemble »³⁵⁷, utilisés dans les discours juridiques, tendent à exclure les catégories minoritaires qui n'adhèrent pas aux valeurs républicaines. Certains auteurs ont ainsi évoqué, à propos de cette tendance de l'universalisme républicain, l'idée de « fraternité xénophobe »³⁵⁸ et ont souligné que « la position dont le principe

³⁴⁹ Conseil d'État, arrêt *Mabchour* du 27 juin 2008, n° 286798 : « Si Mme A possède une bonne maîtrise de la langue française, elle a cependant adopté une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes ».

³⁵⁰ Conseil d'État, arrêt *Aberkane* du 27 novembre 2013, n° 365587 : « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et notamment des propos tenus et du comportement adopté par M. A... au cours des entretiens menés par les fonctionnaires de la sous-préfecture de Rambouillet puis par ceux de la préfecture des Yvelines chargés de l'instruction de son dossier que l'intéressé refuse d'accepter les valeurs essentielles de la société française et notamment l'égalité entre les hommes et les femmes ».

³⁵¹ DIEU Frédéric, « Le Conseil d'État, gardien des valeurs essentielles de la société française », *op. cit.*, p. 175. Le rapporteur public relève en effet que le conjoint « confine son épouse aux tâches exclusivement domestiques et la maintient dans une absence de vie sociale, laquelle présuppose une mixité entre hommes et femmes ».

³⁵² *Ibid.*, p. 175 : « L'application qui est désormais faite par le juge du principe d'égalité des sexes en matière religieuse ne consiste plus tant à conférer aux femmes des droits et avantages identiques à ceux dont bénéficient les hommes qu'à préserver l'égalité de dignité des femmes et des hommes, en refusant l'asservissement des premières aux seconds ».

³⁵³ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Genre et religion : le genre de la Nouvelle Laïcité », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014

³⁵⁴ BOURDIER Elsa, « Des libertés à la répression : un renversement à peine voilé de la laïcité », *La Revue des droits de l'homme*, n° 11, 2017.

³⁵⁵ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, VALENTIN Vincent, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris, LGDJ, 2014.

³⁵⁶ Cass. assemblée plénière, 25 juin 2014, n° 13-28369.

³⁵⁷ CEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S c/ France*, n° 43835/11, point 142 : « La Cour estime que l'interdiction [de la dissimulation du visage dans l'espace public] peut être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du « vivre ensemble » ».

³⁵⁸ OZOUF Mona, citée par JENNINGS Jeremy, « L'universalisme », *op. cit.*, p. 280.

consiste à ignorer l'existence de certains groupes [...] peut facilement se transformer en une idéologie de l'intérêt général, dont la principale fonction est de masquer le fait que l'État républicain sert les intérêts des groupes dominants»³⁵⁹. La dimension exclusive s'avère ainsi inextricablement liée à l'universalisme républicain, tant l'époque de la colonisation qu'à l'époque actuelle, même si le contexte actuel de l'immigration a conduit les acteurs du droit à faire évoluer les mécanismes d'exclusion.

111. L'occurrence du principe d'égalité dans les textes juridiques, même lorsqu'il est rattaché à l'universalisme républicain, ne conduit donc pas à l'intégration de tous les individus dans la communauté des citoyens et à la reconnaissance des droits rattachés à cette qualité. Certes, il remet en cause certaines inégalités en procédant à un traitement juridique identique en termes de droits des individus placés dans des situations identiques, mais il aboutit par là même à exclure les catégories de personnes considérées comme différentes, dès lors que ces différences de situation sont justifiées, plus ou moins explicitement, par les acteurs du droit. Il s'agit de définir la dimension universaliste de l'égalité comme la reconnaissance des mêmes droits non pas à tous, mais à tous ceux qui sont considérés comme semblables par les pouvoirs publics à une époque donnée.

112. L'analyse de cette double signification de l'égalité, à la fois comme principe d'inclusion et d'exclusion, s'avère par conséquent essentielle pour comprendre l'exclusion des femmes de la reconnaissance égale des droits dès la proclamation du principe d'égalité en 1789. La mécanique même du principe d'égalité contient en son sein la légitimation des inégalités de traitement, dès lors qu'elle est justifiée par une différence de situation. La naturalisation de la différence des sexes comme différence ontologique a, en ce sens, servi à justifier les inégalités juridiques entre les femmes et les hommes, sous l'égide même du principe d'égalité.

³⁵⁹ JENNINGS Jeremy, «L'universalisme», *op. cit.*, p. 280.

Section II. La légitimation des inégalités juridiques entre les hommes et les femmes par la construction du genre

113. L'affirmation juridique du principe d'égalité dès 1789 a donc certes conduit au rejet de certaines inégalités liées aux privilèges de l'Ancien Régime, mais aussi, comme on l'a vu, à la légitimation d'autres inégalités, justifiées par des différences de situation jugées légitimes à l'époque donnée. Parmi celles-ci, la différence des sexes constitue la différence qui, par excellence, justifie les inégalités de traitement entre les femmes et les hommes. Cette ambivalence du principe d'égalité est soulignée par Christine Delphy : « Les révolutionnaires français de 1789 trouvaient l'absolutisme insupportable appliqué à ceux qui n'étaient pas des femmes. On dirait que la libération procède, pour chaque catégorie, par extraction : en donnant la preuve que l'on ne fait pas partie des individus qu'il est légitime d'asservir [...] Cette revendication d'être traité différemment implique que ce traitement est juste pour la catégorie dont précisément on veut être distingué »³⁶⁰. Le processus de différenciation, la création d'un « statut »³⁶¹ spécifique applicable aux femmes, va ainsi de pair avec une « infériorisation » de leur traitement juridique³⁶² ; or une telle hiérarchisation n'est nullement appréhendée au prisme du principe d'égalité.

114. L'objectif de la présente section est donc de montrer que le principe d'égalité, tel que conçu en 1789, contient en son sein les inégalités de genre, qui ne sont pas constitutives de discriminations puisque considérées comme justes et légitimes. La justification de telles inégalités est bâtie par des discours philosophiques, politiques et juridiques qui rendent légitime, au regard de l'égalité, le traitement différencié des hommes et des femmes placés, selon eux, dans des situations différentes du point de vue physique, psychologique, et social³⁶³. Comme l'affirme Roger Chartier : « Inscrite dans les pratiques et dans les faits, organisant la réalité et le quotidien, la différence sexuelle (qui est assujettissement des unes et domination des autres) est toujours

³⁶⁰ DELPHY Christine, *L'ennemi principal 2. Penser le genre*, Paris, Syllepse, 2001, p. 112.

³⁶¹ GOGOS-GINTRAND Amélie, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Éditions, 2011, p. 3 : « Les statuts des personnes sont les règles applicables à des catégories de personnes, identifiées à partir d'une qualité relevant de l'état des personnes et qui, en conséquence, déterminent leur condition juridique » et p. 428 : « Le principe d'une différenciation n'est pas neutre. Les statuts de personnes ont toujours été le soutien d'un certain ordre social. C'est en ce sens que l'on peut dire qu'ils sont une technique juridique à vocation politique ».

³⁶² GOGOS-GINTRAND Amélie, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, op. cit., p. 287 et s.

³⁶³ ROSENFELD Michel, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, 2010, p. 177 et s. : « Dans une tentative de dépasser cette contradiction et de rester fidèle au principe de référence égalitaire, l'attention a été concentrée sur de plausibles différences entre les deux sexes qui pourraient justifier un traitement inégalitaire. En particulier, s'est développée une insistance excessive sur les différences réelles et construites entre les deux sexes, y compris les différences physiques et psychologiques aussi bien que celles qui émanent des rôles sociaux sexuellement différenciés (...) En somme, au premier stade de l'égalité, les femmes sont nominalement les égales des hommes mais, avec l'accent mis sur les différences susmentionnées, elles sont constamment représentées comme méritant un traitement inégalitaire ».

construite par les discours qui la fondent et la légitiment»³⁶⁴. Ces discours procèdent ainsi à la construction du genre, entendu comme processus de différenciation entre les sexes et comme attribution des rôles sociaux hiérarchisés. Le genre rend en ce sens évidente, incontestable et nécessaire, car naturelle, la différence des sexes et le rapport hiérarchique entre les hommes et les femmes, participant de «l'inconscient culturel» de la «domination masculine»³⁶⁵. Il est par conséquent indispensable de rendre visible la construction du genre par les discours des acteurs de la Révolution et de la République, pour comprendre comment le principe d'égalité s'est historiquement accommodé des inégalités juridiques entre les hommes et les femmes au détriment de ces dernières.

115. Or, le processus de différenciation entre les sexes est lié à une autre distinction opérée par le droit entre, d'un côté, la sphère publique et de l'autre, la sphère privée, domestique. En effet, cette distinction conduit à deux tendances notables dans le droit : d'une part, l'infériorisation des femmes au sein de la sphère privée, en particulier à partir du droit postrévolutionnaire (I) ; et d'autre part, l'exclusion des femmes de la citoyenneté, entendue comme la possibilité d'exercer des droits politiques, le confinement des femmes à la sphère domestique n'étant pas compatible avec leur accession à la sphère publique (II).

I. La différence naturelle entre hommes et femmes comme justification des inégalités au sein de la sphère privée

116. Pour saisir l'apparente contradiction entre la proclamation du principe d'égalité et la persistance après la Révolution française des inégalités entre les femmes et les hommes, il convient de s'intéresser aux discours juridiques, politiques et philosophiques du XVIII^e et du XIX^e siècles, qui ont construit la différence, entendue comme hiérarchie, entre les sexes, comme justification des inégalités (A), conduisant à l'infériorité juridique des femmes et en particulier des femmes mariées (B). Dans ces discours, «la vérité de la nature a été présentée comme le fondement ontologique de la loi et de la politique sociale, alors qu'en réalité elle est l'effet de ces lois et de ces politiques»³⁶⁶.

³⁶⁴ CHARTIER Roger, «L'histoire des femmes, XVI^e-XVIII^e siècles», in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Femmes et histoire*, Paris, Plon, 1993, p. 44.

³⁶⁵ BOURDIEU Pierre, «Remarques sur l'histoire des femmes», in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Femmes et histoire, op. cit.*, p. 64 : «On est en effet frappé par les constances et les invariants, au moins au niveau des représentations, qui donnent aux formes de la domination masculine des allures d'éternité. On peut penser que cette apparence est fondée sur le fait que les principes de vision et de division les plus fondamentaux, dans la mesure où ils échappent pour une part au changement et que, par conséquent, l'inconscient culturel n'a pas d'histoire».

³⁶⁶ SCOTT Joan, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, Paris, Albin Michel, 1998, p. 11.

A. La construction du sujet féminin, complémentaire et inférieur, cantonné à la sphère domestique

117. En étudiant les discours relatifs à la différenciation des sexes aux XVIII^e et XIX^e siècles, notre but n'est certes pas de retracer l'histoire de la pensée de la différence des sexes, mais d'éclairer les textes juridiques en montrant que le principe juridique d'égalité a été pensé dans un contexte intellectuel établissant une hiérarchie entre les sexes, par un processus de légitimation des inégalités entre les hommes et les femmes. De surcroît, certains de ces penseurs, des philosophes des Lumières, des théoriciens du contrat social et du droit naturel, en particulier Rousseau³⁶⁷, ont directement ou indirectement influencé la constitution d'un nouveau régime, la proclamation des droits de l'homme et la conception de l'égalité des droits. La manière dont ils concilient, d'une part, l'égalité des droits et, d'autre part, les inégalités entre hommes et femmes permet par conséquent de mieux comprendre l'ambivalence qui existe de la même manière du point de vue juridique. L'évènement de la Révolution, ainsi que la construction du droit au XIX^e siècle, sont ainsi traversés «par la théorie politique d'un partage inégal entre les sexes, d'un pouvoir différencié entre les hommes et les femmes»³⁶⁸.

118. Ces discours conduisent à penser l'égalité dans un cadre conceptuel dans lequel la différence des sexes devient «un dogme philosophique et politique», c'est-à-dire qu'elle est considérée comme «universelle et vraie»³⁶⁹. Cependant, il n'existe pas une pensée de la différence des sexes en tant que telle, cette dernière ne faisant l'objet d'aucune théorie globale. En effet, la pensée de la différence et la construction du genre sont implicites dans les raisonnements. La différence entre les hommes et les femmes est considérée comme un principe évident, indémontrable, qui conduit logiquement à une inégalité de genre. Geneviève Fraisse parle ainsi de l'«impensable de la différence des sexes»³⁷⁰ : la différence de genre n'est pas pensable car elle est au fondement même de la pensée et n'a nul besoin d'être argumentée, démontrée. Elle a même été qualifiée de «butoir pour la pensée», car «la différence des sexes est la première des différences, celle sur laquelle toutes les autres différences se fabriquent et se disent»³⁷¹. L'évidence avec laquelle est appréhendée la différence des sexes repose sur un argumentaire naturaliste, la nature et le droit naturel étant considérés comme un principe normatif, notamment par les philosophes du XVIII^e siècle et par les révolutionnaires, et servant ainsi d'argument

³⁶⁷ BADINTER Elisabeth, *Paroles d'hommes (1790-1793)*, Paris, POL, 1989, p. 26.

³⁶⁸ FRAISSE Geneviève, *Muse de la Raison. Démocratie et exclusion des femmes en France*, Paris, Gallimard, 1995, p. 9.

³⁶⁹ WITTIG Monique, *La pensée straight*, Paris, Éditions Amsterdam, 2007, p. 58.

³⁷⁰ FRAISSE Geneviève, «La différence des sexes», in *À côté du genre. Sexe et philosophie de l'égalité*, Paris, Éditions le bord de l'eau, 2010, p. 59.

³⁷¹ *Ibid.* p. 51.

d'autorité³⁷². Par exemple, Sylvain Maréchal, auteur babouviste du *Manifeste des Égaux* en 1796, pourtant fervent défenseur de l'égalité³⁷³, écrit en 1801 une brochure intitulée *Projet d'une loi portant défense d'apprendre à lire aux femmes*³⁷⁴, dans laquelle, par les mots « la Nature veut que », il s'appuie sur « la Nature, fondatrice de la différence des sexes, détentrice du sens de cette différence »³⁷⁵ pour démontrer que la différence des sexes et les rôles sociaux qui y sont attachés sont antérieurs à la société. L'évidence avec laquelle la différence des sexes s'impose s'accompagne d'une hiérarchisation du féminin et du masculin, même lorsque le rapport entre les sexes est présenté comme complémentaire. Il s'agit dès lors d'analyser certaines manifestations de cette construction de la différence hiérarchisée entre les hommes et les femmes, qui a permis de justifier l'infériorité juridique des femmes.

119. La construction d'une hiérarchie entre les « essences » masculines et féminines.

L'étude de certains discours relatifs à la différence des sexes conduit à deux remarques. D'une part, la construction de la dualité entre hommes et femmes repose sur la construction de « la femme » en tant qu'objet du discours, et de « l'homme » en tant que sujet du discours³⁷⁶. Ceux-ci tentent de saisir l'essence féminine, « la femme », opposée à l'essence masculine par un processus de conceptualisation et d'abstraction. La femme objet du discours est dès lors construite par le sujet masculin, forcément comme un être relatif, défini par et par rapport à l'homme. Elle est construite en tant que « l'Autre », comme le rappelle Simone de Beauvoir dans *Le deuxième sexe*³⁷⁷, dans un rapport d'« absolue étrangeté »³⁷⁸. Le discours philosophique, tout comme, on le verra, le discours politique et juridique, est dès lors un discours des hommes sur « la femme ». Certains discours tels que l'article « Femme » de l'Encyclopédie de d'Alembert et Diderot, portent ainsi sur la moitié du genre humain, c'est-à-dire les femmes, car les hommes ne sont en aucun cas

³⁷² FRAISSE Geneviève, *Les femmes et leur histoire*, Paris, Gallimard, 2010, p. 190 : « Le raisonnement est effectivement toujours en cercle : la raison renvoie à la nature, qui renvoie elle-même à une raison transcendant cette nature, à une logique sociale ».

³⁷³ Voir MARÉCHAL Sylvain, *Le manifeste des égaux*, publié le 6 avril 1796, *op. cit.*, p. 77 : « L'égalité ! Premier vœu de la nature, premier besoin de l'homme et principal nœud de toute association légitime ! »

³⁷⁴ MARÉCHAL Sylvain, *Il ne faut pas que les femmes sachent lire ou Projet de loi portant défense d'apprendre à lire aux femmes*, Paris, 1801, 3^e édition, 1853. Voir par exemple le considérant 31 (p. 27) : « Pour peu qu'elle sache lire et écrire, une femme se croit émancipée, et hors de la tutelle où la nature et la société l'ont mise pour son propre intérêt ».

³⁷⁵ FRAISSE Geneviève, *Muse de la Raison. Démocratie et exclusion des femmes en France*, *op. cit.*, p. 27.

³⁷⁶ CRAMPE-CASNABET Michèle, « Saisie dans les œuvres philosophiques (XVIII^e siècle) », in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident, XVI^e-XVIII^e siècles*, Vol. 3, Paris, Plon, 1991, p. 327.

³⁷⁷ DE BEAUVOIR Simone, *Le deuxième sexe I*, Paris, Gallimard, 1949, p. 17 : « Elle n'est rien d'autre que ce que l'homme en décide ; ainsi on l'appelle "le sexe", voulant dire par là qu'elle apparaît essentiellement au mâle comme un être sexué : pour lui, elle est sexe, donc elle l'est absolument. Elle se détermine et se différencie par rapport à l'homme et non celui-ci par rapport à elle ; elle est l'inessentiel en face de l'essentiel. Il est le sujet, il est l'Absolu : elle est l'Autre ».

³⁷⁸ STEINBERG Sylvie, « L'inégalité entre les sexes et l'égalité entre les hommes. Le tournant des Lumières », *Esprit*, mars-avril 2001, p. 25.

considérés comme une moitié de l'humanité : ils sont considérés comme l'être humain par référence³⁷⁹.

120. D'autre part, la construction des essences masculines et féminines, de leur dualité et de leur différence ne conduit pas uniquement à une complémentarité des sexes, mais bien à une hiérarchie au profit du masculin. Certains philosophes relevant du courant de la métaphysique, tel Aristote dans le Livre I de *La Métaphysique*, et plus tard au XIX^e siècle Hegel et Fichte³⁸⁰, ont créé une dualité dans la pensée et le processus de raisonnement, sous forme de catégories de concepts opposés, complémentaires et hiérarchisés³⁸¹ : par exemple, d'un côté, la droite, le mâle, la lumière, le bon, et de l'autre, la gauche, la femelle, l'obscurité, le mauvais³⁸². Ces concepts sont appliqués pour définir les qualités inhérentes à l'être et permettent d'introduire le dualisme des qualités féminines et masculines, les femmes étant définies comme passives, faibles et dénuées de raison³⁸³. L'idée de la résolution de la dualité dans l'unité est donc fondée sur l'idée même de différence et de complémentarité des sexes, qui implique « un partage des espaces domestique et public, partage entre deux “rationalités” ; l'une tendue vers l'autonomie et l'activité universelle, l'autre prise dans la passivité et l'individualité concrète ; l'une dirigée vers l'État, la science et le travail, l'autre tournée vers la famille et la création de la moralité »³⁸⁴.

121. Les discours philosophiques de la différence et de la complémentarité entre le féminin et le masculin s'accompagnent le plus souvent d'un discours sur la hiérarchie entre les sexes, conduisant à une « sous-humanisation de l'“espèce féminine” »³⁸⁵. La proclamation de la supériorité de « l'homme » et l'infériorité de « la femme », révèle, de façon implicite, la construction d'un ordre des sexes à la fois complémentaire et hiérarchique³⁸⁶. Pour de nombreux philosophes, « la femme » est ainsi un être de passion et « l'homme » un être de raison. On voit ici

³⁷⁹ DESMAHIS, « Femme (morale) », in DIDEROT Denis, D'ALEMBERT Jean le Rond, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome 6, 1^{ère} édition, 1751, p. 472.

³⁸⁰ FRAISSE Geneviève, « De la destination au destin. Histoire philosophique de la différence des sexes », in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident, XIX^e siècle*, Paris, Plon, 1991, p. 61 : « La métaphysique du XIX^e siècle est nourrie des concepts de dualité, relation et unité de pôles opposés, dont la différence des sexes est une des représentations, voire peut-être même une métaphore fondamentale ».

³⁸¹ ARISTOTE, *Métaphysiques, Livre I*, Traduction de Tricot Jules, 1953, Éditions Les Échos du Maquis, 2014, p. 53.

³⁸² JOURNET Odile, « Construire la différence », in *Homme et femme. L'insaisissable différence*, Paris, Les éditions du cerf, 1999, p. 31 : « En d'autres termes, le dualisme sexué qui imprègne la plupart des discours symboliques bâtis sur des séries binaires haut-bas, ciel-terre, gauche-droite, chaud-froid, etc., est retravaillé par des opérations de valorisation et de hiérarchisation qui affectent les catégories opposées deux à deux. Les séries qualitatives associées au masculin sont beaucoup plus fréquemment valorisées que l'inverse ».

³⁸³ FREDMAN Sandra, *Women and the law*, Oxford University Press, 1997, p. 3.

³⁸⁴ FRAISSE Geneviève, « De la destination au destin. Histoire philosophique de la différence des sexes », *op. cit.*, p. 61

³⁸⁵ MARTIN Xavier, *Naissance du sous-homme au cœur des Lumières, op. cit.*, p. 137.

³⁸⁶ PRIMI Alice, « La question des femmes au XIX^e siècle », in RIOT-SARCEY Michèle, *De la différence des sexes. Le genre en histoire*, Paris, Larousse, 2010, p. 167 : « Une nouvelle sémantique s'établit pour désigner les caractères “masculin” et “féminins” par paires de contraires, hiérarchisées au profit du masculin : indépendant/dépendant, rationnel/émotionnel, propre à l'activité publique/propre à l'activité domestique, etc. ».

se dessiner une hiérarchie au profit du masculin puisque la raison est, pour les philosophes des Lumières, une qualité fondamentale du sujet autonome, qui permet à ce dernier de tendre vers la connaissance, vertu suprême. La femme est en effet considérée non comme l'être du concept, mais de la passion, de l'imagination, penchant vers l'animalité selon Kant³⁸⁷. Ainsi, « la femme » n'a un rapport qu'au concret et non à l'abstrait, comme le prétend Rousseau³⁸⁸. La définition du féminin et de la différence hiérarchique entre les sexes se fonde dès lors sur la nature que le droit doit respecter et ne pas remettre en cause, rendant impossible toute idée d'identité et donc d'égalité des sexes. La rhétorique naturaliste s'exprime à travers les références au droit naturel, mais également par le recours aux sciences naturelles.

122. Le recours à la nature et à la biologie pour définir des rôles sociaux différenciés.

« La femme » est toujours rappelée à sa nature, c'est-à-dire à son sexe, à sa physiologie, à son organe reproducteur³⁸⁹. L'infériorité féminine est ainsi justifiée en premier lieu par la faiblesse naturelle du sexe féminin, mais également par l'impossibilité pour « la femme » d'échapper à sa destination, aux contraintes physiologiques de son sexe et aux supposés devoirs naturels qui en découlent. Rousseau a ainsi affirmé qu'« il n'y a nulle parité entre les deux sexes quant à la conséquence du sexe. Le mâle est mâle qu'en certains instants, la femelle est femelle toute sa vie ; tout la rappelle sans cesse à son sexe »³⁹⁰. La faiblesse du sexe féminin est maintes fois soulignée par les penseurs, qui confondent souvent faiblesse physique et morale³⁹¹. L'attribution d'un fondement naturel à l'infériorité féminine est relayée au XIX^e et du début du XX^e siècle par les études du corps féminin menées par les médecins philosophes et anatomistes, tels Virey, Moreau de la Sarthe, Roussel ou Cabanis³⁹². Certains de ces auteurs tentent de démontrer le lien entre le

³⁸⁷ HERMSEN Joke, « Proto-féminisme pendant la Révolution ? Belle Van Zuylen et Mme de Staël à propos de Kant et de Rousseau », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 avril 1989*, Volume 1, Toulouse, Presse Universitaire du Mirail, 1989, p. 302.

³⁸⁸ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Émile ou de l'éducation, Livre V*, 1762, Texte établi par Charles Wirz présenté et annoté par Pierre Burgelin, Paris, Gallimard, 1969, p. 572 : « La recherche des vérités abstraites et spéculatives, des principes, des axiomes dans les sciences, tout ce qui tend à généraliser les idées n'est point du ressort des femmes : leurs études doivent se rapporter toutes à la pratique ; c'est à elles de faire l'application des principes que l'homme a trouvés et c'est à elles de faire les observations qui mènent l'homme à l'établissement des principes ».

³⁸⁹ ROUSSEL Pierre, *Système physique et moral de la femme*, Paris, 1775, p. 2 : « L'essence du sexe ne se borne point à un seul organe, mais s'étend par des nuances plus ou moins sensibles à toutes les parties ; de sorte que la femme n'est pas femme par un seul endroit, mais encore par toutes les faces par lesquelles elle peut être envisagée ».

³⁹⁰ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Émile ou de l'éducation, op. cit.*, p. 533.

³⁹¹ Voir par exemple : VOLTAIRE, *Collection complète des œuvres de M. de Voltaire, Questions sur l'encyclopédie par des amateurs*, Genève, 1774, Tome IV, p. 165 : « Au physique, la femme est de par sa physiologie plus faible que l'homme, les émissions périodiques de sang qui affaiblissent les femmes et les maladies qui naissent de leur suppression, les temps de la grossesse, la nécessité d'allaiter les enfants et de veiller assidûment sur eux, la délicatesse de leurs membres les rendent peu propres à tous les travaux, à tous les métiers qui exigent de la force et de l'endurance »

³⁹² KNIBIEHLER Yvonne, « Les médecins et la "nature féminine" au temps du Code civil », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 31^e année, n° 4, 1976, p. 824-845. FRAISSE Geneviève, *Les femmes et leur histoire, op. cit.* p. 207. Ces auteurs insistent par exemple sur la différence de texture entre les corps masculin et féminin : « La matière du corps féminin se qualifie par la mollesse de sa chair, la faiblesse des fibres musculaires, l'absence de densité des os comme de la chair, l'extrême sensibilité nerveuse et une

physique et le moral, entre l'utérus et le cerveau, alliant ainsi faiblesse physique et infériorité intellectuelle. L'organe sexuel féminin transmettrait ainsi une grande sensibilité aux autres parties du corps, et notamment au cerveau, ce qui nuirait fortement au développement intellectuel des femmes³⁹³. Le corps des femmes est ainsi considéré comme fragile, débile, nerveux, émotif, hystérique et passif³⁹⁴, ce qui entraînerait ainsi une triple infériorité de la femme : physique, intellectuelle et morale.

123. De cette construction de la différence entre les corps féminins et masculins émane la notion de fonctionnalisme sexuel, définie comme « l'idée que la société des humains est un ensemble cohérent dont l'harmonie est assurée justement par la complémentarité des contributions spécifiques de chacun des deux éléments sexuellement différents qui le composent, y compris dans l'ordre politique »³⁹⁵. Il est donc déduit de l'infériorité physique et intellectuelle supposée des femmes, leur destinée, différente de celle des hommes. Cette construction fait écho à l'idéal républicain de complémentarité entre les sexes qui s'exprime dans le couple, fondement de la famille et de la société³⁹⁶. Et bien que cette rhétorique de la complémentarité soit parfois rattachée à l'égalité dans la différence (cf. *infra*), elle semble dans ce contexte incompatible avec l'égalité des droits, en ce qu'elle tend à assigner les femmes à un rôle spécifique, celui d'épouse et de mère, subordonné à celui des hommes au sein de la famille, le mari et le père étant considérés comme prédominants³⁹⁷. En effet, les médecins philosophes du XIX^e siècle attribuent certes un rôle commun à l'homme et à la femme qui est celui de la perpétuation de l'espèce, mais prescrivent également des rôles spécifiques selon le sexe, qui ne sauraient être interchangeables³⁹⁸.

124. De cette fonction naturelle de génitrice va découler un confinement, tout aussi naturel, de « la femme » dans la sphère domestique. Rousseau se réfère à la culture spartiate, au sein de laquelle les femmes mariées étaient confinées au foyer pour accomplir les tâches domestiques :

grande mobilité de l'activité cérébrale. Inversement, le corps masculin est marqué par les qualificatifs de dureté, force, solidité, ténacité ».

³⁹³ CABANIS Pierre, *Rapports du physique et du moral de l'homme*, tome I, Paris, 1802, 2^e édition, 1805, p. 366-367 : La femme « est justement effrayée de ces travaux de l'esprit qui ne peuvent s'exécuter sans des méditations longues et profondes : elle choisit ceux qui demandent plus de tact que de science, plus de vivacité de conception que de force, plus d'imagination que de raisonnement [...]. Les femmes savantes ne savent rien au fond ; elles brouillent et confondent tous les objets, toutes les idées [...]. Incapables de fixer assez longtemps leur attention sur une chose, elles ne peuvent éprouver les vives et profondes jouissances d'une méditation forte ».

³⁹⁴ KNIBIEHLER Yvonne, « Les médecins et la "nature féminine" au temps du Code civil », *op. cit.*, p. 829.

³⁹⁵ TEYSSIERE Daniel, « Fonctionnalisme sexuel et privatisation de la femme chez Cabanis et quelques autres », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 avril 1989*, *op. cit.*, p. 343.

³⁹⁶ PERROT Michelle, « La République des femmes », in DUCLERT Vincent, PROCHASSON Christophe, *Dictionnaire critique de la République*, Paris Flammarion, 2007, p. 341.

³⁹⁷ DELPHY Christine, *L'ennemi principal 2. Penser le genre*, *op. cit.*, p. 218.

³⁹⁸ CABANIS Pierre, *Rapports du physique et du moral de l'homme*, *op. cit.*, p. 354 : « Il faut que l'homme soit fort, audacieux, entreprenant ; que la femme soit faible, timide, dissimulée. Telle est la loi de la nature ».

«Telle est la manière de vivre que la nature et la raison prescrivent au sexe»³⁹⁹. De Jaucourt définit également la « femme » dans l'*Encyclopédie* en premier lieu comme « femelle de l'homme, considérée en tant qu'elle lui est unie par les liens du mariage »⁴⁰⁰. Les femmes sont donc avant tout appréhendées dans le mariage et la famille, comme compagnes des hommes et mères et non comme individus, comme le souligne le député Amar devant la Convention lors de la séance du 9 brumaire an II⁴⁰¹. C'est en tant qu'épouses et mères que les femmes ont un rôle au sein de la Nation. Le rôle de reproductrice des femmes va également justifier leur soumission au mari et père de famille et la perpétuation d'un statut des époux inégalitaire⁴⁰². Par exemple, l'infidélité sexuelle féminine est, selon la plupart des auteurs, fortement condamnée, contrairement à l'infidélité masculine, car elle empêche l'homme de savoir s'il est le père de l'enfant⁴⁰³. Le mariage permet ainsi de contenir l'immoralité de la femme, considérée comme naturellement volage, et en lui enseignant la résignation⁴⁰⁴. La plupart des penseurs relèguent par conséquent les femmes dans la famille, avec pour destinée et rôle social le mariage et l'éducation des enfants⁴⁰⁵. Le rôle des femmes est de se consacrer aux autres membres de la famille : au bien-être de son mari et à l'éducation de ses enfants⁴⁰⁶.

125. La prise en compte de ces discours est essentielle car ceux-ci informent l'état intellectuel de la fin du XVIII^e et du XIX^e siècle sur la base duquel a été construit le droit moderne. Le confinement des femmes à la sphère domestique et au rôle de reproduction de l'espèce a justifié leur exclusion à la fois de la vie politique, mais aussi du travail de production et de « tout rôle actif économique »⁴⁰⁷. La division entre la sphère publique et la sphère privée, familiale, aboutit en effet à penser la famille en dehors du monde du travail, conduisant à invisibiliser et à ne pas rétribuer

³⁹⁹ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Émile ou de l'éducation*, *op. cit.*, p. 541.

⁴⁰⁰ DE JAUCOURT Louis, « Femme », in DIDEROT Denis, D'ALEMBERT Jean le Rond, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome 6, 1^{ère} édition, 1751, p. 468-481.

⁴⁰¹ Archives parlementaires, tome 78, séance du mercredi 30 octobre 1793, p. 50 : « Les mœurs et la nature lui ont assigné ces fonctions : commencer l'éducation des hommes, préparer l'esprit et le cœur des enfants aux vertus publiques, les diriger de bonne heure vers le bien, élever leur âme et les instruire dans le culte de la liberté [...]. Chaque sexe est ainsi appelé à un genre d'occupations qui lui est propre ; son action est circonscrite dans le cercle qu'il ne peut pas franchir ».

⁴⁰² ROUSSEAU Jean-Jacques, *Émile ou de l'éducation*, *op. cit.*, p. 701 : L'auteur affirme en ce sens à Sophie et en même temps à toutes les femmes, qu'« en devenant votre époux, Émile est devenu votre chef, c'est à vous d'obéir, ainsi que l'a voulu la nature ».

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 9 : « Mais la femme infidèle fait plus, elle dissout la famille et brise tous les liens de la nature ; en donnant à l'homme des enfants qui ne sont pas à lui, elle trahit les uns et les autres, elle joint la perfidie à l'infidélité. J'ai peine à voir quel désordre et quel crime ne tiennent pas à celui-là. S'il est un état affreux au monde, c'est celui d'un malheureux père qui, sans confiance en sa femme, n'ose se livrer aux plus doux sentiments de son cœur, qui doute, en embrassant son enfant, s'il n'embrasse point l'enfant d'un autre, le gage de son déshonneur, le ravisseur du bien de ses propres enfants ».

⁴⁰⁴ LE BRAS-CHOPARD Armelle, *De l'égalité dans la différence. Le socialisme de Pierre Leroux*, *op. cit.*, p. 273.

⁴⁰⁵ O'HAGAN Timothy, « Public et privé, hommes et femmes », *Archives de philosophie du droit*, Tome 41, 1997, p. 48.

⁴⁰⁶ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Émile ou de l'éducation*, *op. cit.*, p. 539 : « Toute l'éducation des femmes doit être relative aux hommes. Leur plaire, leur être utiles, se faire aimer et honorer d'eux, les élever jeunes, les soigner grands, les conseiller, les consoler, leur rendre la vie agréable et douce : voilà les devoirs des femmes dans tous les temps, et ce qu'on doit leur apprendre dès leur enfance ».

⁴⁰⁷ O'HAGAN Timothy, « Public et privé, hommes et femmes », *op. cit.*, p. 48.

le travail des épouses⁴⁰⁸. La séparation des deux sphères permet ainsi de concilier l'application des principes libéraux de liberté et d'égalité, applicables aux individus dans la sphère publique et l'inégalité des sexes dans la sphère privée. Certains penseurs libéraux ont cependant affirmé l'application du principe de liberté contractuelle pour tous les individus au sein même de la sphère domestique, fondée sur l'autonomie, ce qui n'a nullement empêché l'assertion d'une inégalité entre les sexes.

126. **L'inégalité des sexes fondée sur la division entre le privé et le public dans la théorie libérale.** Le passage de l'État absolutiste, fondé sur la conception d'un pouvoir dérivé de dieu, à l'État libéral, fondé sur les théories du droit naturel prônant un pouvoir issu de la volonté des hommes, s'est accompagné d'un changement conceptuel s'agissant du rapport entre la famille et l'État. L'opposition à l'absolutisme mène les penseurs libéraux à rejeter l'idée, affirmée notamment par Jean Bodin, selon laquelle l'autorité naturelle du pouvoir paternel dans la famille est l'image de l'autorité du roi sur ses sujets⁴⁰⁹. Le pouvoir paternel absolu et autoritaire est ainsi considéré par les penseurs libéraux, de Kant à Tocqueville, comme « la pire des formes de gouvernement »⁴¹⁰. Une distinction théorique est, dès lors, opérée par les penseurs du droit naturel entre la société familiale, naturelle, dans laquelle s'exerce une telle autorité paternelle, et la société politique, où le pouvoir est issu de l'égalité des volontés des individus formant un contrat social⁴¹¹. L'égalité et la liberté ne sont donc applicables aux individus qu'au sein de la sphère publique, l'espace domestique restant soumis à l'autorité paternelle et maritale et dès lors, à une hiérarchie entre les sexes. Certains penseurs, à l'instar de John Stuart Mill, ont du reste critiqué la distinction entre une sphère publique où s'exercent les droits et la liberté individuelle et une sphère familiale dans laquelle l'État ne doit pas intervenir, permettant un despotisme domestique⁴¹². Ainsi, la référence à la naturalité de la famille, hors du contrat social, « apparaît ici

⁴⁰⁸ DELPHY Christine, *L'ennemi principal 2. Penser le genre*, op. cit., p. 214.

⁴⁰⁹ BODIN Jean, *De la République ou traité du gouvernement*, Édition latine de Francfort, 1591, p. 17 : « Comme une maison bien tenue est l'image naïve de l'État, le pouvoir paternel est celle du pouvoir absolu ; de sorte que les lois d'une famille font avec raison celle d'une République naissante ».

⁴¹⁰ CONTI ODORISIO Ginevra, « Les droits naturels et les relations entre les genres : ambiguïté de la nature et certitudes de la société », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 avril 1989*, op. cit., p. 351.

⁴¹¹ GROTIUS Hugues, *Le droit de la guerre et de la paix*, tome I, 1625, Amsterdam, traduction de Jean Barbeyrac, 1724, p. 282 : « La société la plus naturelle, c'est celle du mariage. Ici, la différence du sexe fait que l'autorité n'est pas égale. Le mari est la chef de la femme, c'est-à-dire, en ce qui concerne le mariage et les affaires de la famille ; car la femme devient membre de la famille de son mari ».

⁴¹² STUART MILL John, *De l'assujettissement des femmes*, Paris, Éditions Avatar, traduction de Emile Cazelles, 1992, p. 90 : « La famille est une école de despotisme où les vertus du despotisme, mais aussi ses vices, sont plantureusement nourris. La vie politique dans les pays libres serait bien une école où l'on apprendrait l'égalité, mais la vie politique ne remplit qu'une petite place dans la vie moderne, ne pénètre pas dans les habitudes journalières et n'atteint pas les sentiments les plus intimes ».

comme une idéologie ayant pour fonction de masquer le caractère de construction sociale et juridique de l'opposition public-privé»⁴¹³.

127. D'autres auteurs, à l'instar de Hobbes, Pufendorf ou Locke, récusent l'idée selon laquelle les hommes seraient naturellement supérieurs aux femmes. Un des points communs entre ces penseurs est l'affirmation de l'égalité naturelle entre les sexes et de l'autonomie de la volonté de tous les individus. Mais ils ne remettent pas pour autant en cause les rôles sociaux hiérarchisés au sein de la famille⁴¹⁴, l'homme étant toujours considéré comme le mieux à même d'accomplir le rôle du chef de famille⁴¹⁵. Comment expliquer, dès lors, la contradiction apparente entre l'égalité entre hommes et femmes en matière de raison et de volonté, et l'infériorité des épouses dans les rapports conjugaux ? L'argument employé par ces théoriciens fonde le pouvoir masculin sur le consentement des femmes donné lors du contrat de mariage⁴¹⁶. Ainsi, l'égalité de la volonté est bien reconnue aux femmes, mais celles-ci perdent volontairement leur liberté originelle lorsqu'elles consentent au mariage, qu'elles peuvent parfois néanmoins retrouver à l'issue du mariage, d'après Locke⁴¹⁷. De la même façon, selon Kant, «la femme» est naturellement, à l'instar de l'homme, une personne douée de raison, un être autonome, à égalité devant la loi morale, de même que le mariage est un «rapport d'égalité de possession»⁴¹⁸. Cependant, les femmes n'ont pas la même raison que les hommes ; celle-ci est orientée vers la réalisation de certaines fins naturelles et sociales, telles que la conservation de l'espèce et le maintien de la communauté sexuelle⁴¹⁹. D'après Kant, la raison féminine va par conséquent conduire naturellement «la femme» à se soumettre volontairement à la domination et à la possession par son mari à travers le contrat de mariage, créant une inégalité légitime, puisque volontaire, émanant d'un être autonome et raisonnable⁴²⁰. En somme, le contrat de mariage n'est pas contraire à l'égalité, car il est fondé sur l'accord de volonté de deux êtres libres et autonomes

⁴¹³ DELPHY Christine, *L'ennemi principal 2. Penser le genre*, op. cit., p. 218.

⁴¹⁴ O'HAGAN Timothy, « Public et privé, hommes et femmes », op. cit., p. 356.

⁴¹⁵ LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, 1690, Paris, Volland, 1802, p. 142 : « Le mari et la femme, qui n'ont au fond que les mêmes intérêts, ont pourtant quelquefois des esprits si différents, des inclinations et des humeurs si opposées, qu'il est nécessaire qu'il se trouve alors quelque dernière détermination, quelque règle qui remédie à cet inconvénient-là ; et que le droit de gouverner et de décider soit placé quelque part, ce droit est naturellement le partage du mari, la nature le lui donne comme au plus capable et au plus fort ».

⁴¹⁶ LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 137 : « La société conjugale a été formée, par un accord volontaire, entre l'homme et la femme ; [...] bien qu'elle consiste particulièrement dans le droit que l'un a sur le corps de l'autre, par rapport à la fin principale et la plus nécessaire, qui est de procréer des enfants ».

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 143 : « Le pouvoir du mari est si éloigné du pouvoir d'un monarque absolu, que la femme a, en plusieurs cas, la liberté de se séparer de lui, lorsque le droit naturel, ou leur contrat le lui permettent ».

⁴¹⁸ KANT Emmanuel, *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit*, 1795, traduction de Jules Barni, 1853, p. 114.

⁴¹⁹ KANT Emmanuel, *Anthropologie d'un point de vue pragmatique*, traduction de Tissot Joseph, 1863, p. 294.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 295 : « Il ne suffit pas, pour l'unité et l'indissolubilité d'une union, de l'association volontaire de deux personnes ; l'une des parties doit être soumise à l'autre, et celle-ci, réciproquement, être supérieure à celle-là, afin de pouvoir la dominer ou la régir ».

par nature et orienté vers l'unité⁴²¹. Ainsi, la capacité civile des femmes à contracter et notamment lors de leur mariage n'est pas incompatible avec leur sujétion dans la sphère privée, puisque les théoriciens distinguent entre la sphère civile égalitaire et la sphère privée inégalitaire⁴²². Cette approche permet par conséquent de concilier le principe universel d'égalité et les inégalités sociales et juridiques, fondées sur la différence naturelle des sexes et l'infériorité supposée des femmes.

128. La définition contractuelle du mariage, qui n'entraîne pas nécessairement la soumission de la femme au mari selon De Jaucourt⁴²³, est reprise par le droit révolutionnaire, mais est néanmoins remise en cause dès les prémices du Code civil. Ainsi, si le droit révolutionnaire semble *a priori* reconnaître l'égalité civile entre les sexes au sein de la sphère familiale, celle-ci est relative et laisse surtout place à l'infériorité juridique des femmes dans le mariage à la fin de la Révolution, perpétuée par le droit républicain.

B. De l'ouverture des droits civils sous la Révolution à l'affirmation de l'inégalité des droits sous le Code civil

129. L'affirmation de l'égalité civile au moment de la Révolution française, reprise par les constitutions ultérieures, n'a pas empêché le droit révolutionnaire et postrévolutionnaire de créer des inégalités juridiques entre les hommes et les femmes, fondées sur leurs rôles sociaux différenciés par la construction du genre. Certes, la législation révolutionnaire a permis une amélioration du statut civil des femmes, non pas par un programme général d'égalité des sexes, mais par des mesures ponctuelles. La Révolution a, de ce point de vue, davantage généré un « sujet civil » qu'un « sujet civique » s'agissant des femmes⁴²⁴, maintenant les femmes dans la sphère domestique et en les excluant de la sphère de la citoyenneté.

⁴²¹ KANT Emmanuel, *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit, op. cit.*, p. 115 : « Ici se présente la question de savoir si c'est une loi contraire à l'égalité des époux, comme tels, que celle qui dit à l'homme, dans son rapport avec la femme : tu seras le maître (tu seras la partie qui commande, et elle celle qui obéit). On ne saurait la considérer comme contraire à l'égalité naturelle d'un couple humain, si cette domination n'a d'autre but que de faire tourner au profit de la communauté la supériorité naturelle des facultés de l'homme sur celles de la femme et le droit au commandement qui se fonde sur cette supériorité ; car elle peut être elle-même rattachée au devoir de l'unité et de l'égalité relativement à la fin ».

⁴²² PATEMAN Carole, *Le contrat sexuel*, Paris, Éditions La Découverte/IEC, 2010, p. 89.

⁴²³ DE JAUCOURT Louis, « Femme », *op. cit.* : Il est « difficile de démontrer que l'autorité du mari vienne de la nature, parce que ce principe est contraire à l'égalité naturelle des hommes [...]. L'homme n'a pas toujours plus de force de corps, de sagesse, d'esprit et de conduite que la femme [...] Il n'y a point d'autre subordination dans la société conjugale, que celle de la loi civile et par conséquent rien n'empêche que des conventions particulières ne puissent changer la loi civile, dès que la loi naturelle et la religion ne déterminent rien au contraire ».

⁴²⁴ SLEDZIEWSKI Elisabeth, *Révolution du sujet*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1989.

130. Toutefois, cette dimension libérale du droit civil révolutionnaire demeure ambivalente, les révolutionnaires ne constituant pas un réel projet d'ensemble sur la question⁴²⁵. Surtout, elle s'estompe au cours de la Révolution. Certains commentateurs ont été jusqu'à affirmer que le droit «intermédiaire» de la Révolution, droit temporaire par définition, n'avait engendré aucun changement de paradigme s'agissant de la condition civile des femmes, et qu'il y avait une cohérence entre le droit de l'Ancien régime, le droit intermédiaire et le Code civil de 1804⁴²⁶. Il n'y aurait dès lors eu aucune révolution juridique entre 1750 et 1850 relative au statut civil des femmes⁴²⁷, comme l'affirme Simone de Beauvoir dans ces termes : « On pourrait s'attendre que la Révolution eût changé le sort de la femme. Il n'en fut rien »⁴²⁸. Il s'agit donc d'appréhender la Révolution française dans sa complexité, en montrant, d'une part, les limites de l'affirmation de l'égalité civile entre les femmes et les hommes (1) et, d'autre part, l'inscription durable, à la suite de la Révolution, de l'inégalité entre les sexes en termes de droits civiques (2).

1) La mise en place d'une égalité civile limitée par le droit intermédiaire de la Révolution

131. Le droit civil révolutionnaire constitue une rupture avec le droit de l'Ancien Régime par l'affirmation de l'individualisme et de l'égalité civile, la Déclaration des droits de 1789 étant commune, selon Guyomar au printemps 1793, « à l'homme et à la femme »⁴²⁹. La proclamation de l'égalité civile peut être comprise comme une opposition au droit antérieur à la Révolution, qu'il s'agisse du droit coutumier ou du droit écrit, qui prévoyait l'infériorité juridique des femmes, en particulier à partir du mariage lorsqu'elles étaient soumises à la puissance de leur mari⁴³⁰. Le droit révolutionnaire s'oppose à l'Ancien Régime d'abord dans une perspective individualiste fondée sur la liberté individuelle, l'égalité civile étant avant tout l'aboutissement de l'affirmation de l'individu, plus qu'une entreprise à part entière des législateurs.

132. **La liberté individuelle comme fondement de l'égalité civile.** Les révolutionnaires se fondent sur la notion de liberté pour reconnaître ponctuellement des droits aux femmes, en matière de mariage, de succession ou encore de majorité civile. Ainsi, le mariage n'est plus

⁴²⁵ FULCHIRON Hugues, « La femme, mère et épouse dans le droit révolutionnaire », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 avril 1989*, op. cit., p. 377.

⁴²⁶ BORDEAUX Michèle, « L'universalisme juridique et l'impasse de l'égalité », in Brive Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 avril 1989*, op. cit., p. 429.

⁴²⁷ PORTEMER Jean, « Le statut de la femme en France depuis la reformation des coutumes jusqu'à la rédaction du Code civil », in *La femme. Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Tome X, Bruxelles, Éditions de la Librairie Encyclopédique, 1962, p. 448.

⁴²⁸ DE BEAUVOIR Simone, *Le deuxième sexe I. Les faits et les mythes*, Paris, Gallimard, 1949, renouvelé en 1976, p. 182.

⁴²⁹ Archives parlementaires, tome 63, séance du 29 avril 1793, p. 593.

⁴³⁰ Voir sur cette question : PORTEMER Jean, « Le statut de la femme en France depuis la reformation des coutumes jusqu'à la rédaction du Code civil », in *La femme. Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Tome X, Bruxelles, Éditions de la Librairie Encyclopédique, 1962.

l'institution de l'Ancien Régime gouvernée par le droit divin ou la nature, mais devient, selon l'article 7 du titre II de la Constitution du 3 septembre 1791, un contrat civil, laïc, conclu par le consentement égal des deux époux. Ainsi, « ce n'est plus le mariage qui dispose de la femme, mais bien elle qui dispose d'elle-même et de ses choix »⁴³¹. L'infériorité de l'épouse et de la mère est remise en cause, la puissance maritale et paternelle se trouvant affaiblie par les textes juridiques. Dans cet esprit, le décret des 16 et 24 août 1790 crée les tribunaux de famille, afin de régler les contestations entre maris et femmes et entre parents et enfants. Par conséquent, il n'est plus du ressort du père de famille de régler arbitrairement les différends familiaux ; ce sont les parents, amis ou voisins qui constituent le tribunal familial qui s'en chargent⁴³². Par ailleurs, le décret des 28 août 1792 et 30 mai 1793 prévoit que les majeurs ne sont plus soumis à la puissance paternelle⁴³³, tandis que celui du 15 mars 1790 supprime les lettres de cachet permettant le droit de correction paternelle⁴³⁴. En outre, les premiers projets de code civil édifiés par Cambacérès ne mentionnent pas les devoirs des époux, tels que la communauté de vie ou la fidélité⁴³⁵. De même, le premier projet de Code civil présenté par Cambacérès à la Convention en 1793 accorde à la mère les mêmes droits qu'au père dans l'exercice de l'autorité parentale⁴³⁶.

133. Parallèlement, la nature contractuelle du mariage, fondée sur le principe de liberté, implique qu'il puisse être révocable par les parties contractantes. La loi du 20 septembre 1792 prévoit ainsi la faculté pour les époux de divorcer, et est présentée par le rapporteur du Comité de législation comme le pendant évident du mariage civil⁴³⁷. L'idée d'égalité entre les sexes se manifeste par la symétrie des règles gouvernant les causes de divorce qui concernent de la même manière les « conjoints »⁴³⁸. Les dispositions sur les effets du divorce sont également fondées sur

⁴³¹ SLEDZIEWSKI Elisabeth, *Révolution du sujet*, *op. cit.*, p. 109.

⁴³² Archives parlementaires, tome 18, séance du 16 août 1790, p. 90.

⁴³³ Archives parlementaires, tome 49, séance du 28 août 1792, p. 55.

⁴³⁴ Archives parlementaires, tome 12, séance du 16 mars 1790, p. 203.

⁴³⁵ Archives parlementaires, tome 70, séance du 9 août 1793, p. 638 : Comme l'énonce le conventionnel Bar, lors de la présentation du premier projet de code civil : « Il a paru juste au comité et conforme au grand et éternel principe de l'égalité, de faire disparaître dans le mariage la ridicule puissance maritale : dans le temps de la liberté, il ne doit subsister aucune espèce de despotisme ».

⁴³⁶ Archives parlementaires, tome 70, séance du 9 août 1793, p. 552, voir l'intervention de Cambacérès : « La voix impérieuse de la raison s'est fait entendre ; elle a dit : il n'y a plus de puissance paternelle ; c'est tromper la nature que d'établir ses droits par la contrainte ».

⁴³⁷ Archives parlementaires, tome 50, séance du 20 septembre 1792, p. 188 : « L'Assemblée nationale, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle, dont un engagement indissoluble serait la perte ».

⁴³⁸ SLEDZIEWSKI Elisabeth, *Révolution du sujet*, *op. cit.*, p. 120. Le divorce peut être prononcé par consentement mutuel des époux, devant témoins choisis par moitié par la femme, par moitié par le mari, l'« incapacité d'état » des femmes mariées étant remplacée par une « capacité d'action », à égalité avec le mari. Le divorce peut également être prononcé pour le motif d'incompatibilité d'humeur ou de caractère ou pour des motifs déterminés, par une procédure devant le tribunal familial, qui concernent de manière indifférenciée le mari et la femme. L'article 4 de la loi du 20 septembre 1792 énonce ces motifs déterminés : « Sur la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux ; sur la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes ; sur les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre ; sur le dérèglement des mœurs notoires ; sur l'abandon

les notions de liberté et d'égalité, comme le montre l'article 1^{er} paragraphe 3 de la loi de 1792 : « Les effets du divorce par rapport à la personne des époux sont de rendre au mari et à la femme leur entière indépendance, avec la faculté de contracter un nouveau mariage ».

134. L'infériorité juridique des femmes mariées est encore remise en cause par la suppression de la pénalisation de l'adultère, qui n'apparaît ni dans le Code pénal des 25 septembre et 6 octobre 1791, ni dans le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. Il peut seulement constituer, pour le mari comme pour la femme, une cause de divorce, sous le motif de dérèglement des mœurs⁴³⁹.

135. La législation relative à la dévolution successorale évolue aussi vers l'égalité civile, notamment par le décret des 15 et 28 mars 1790 qui abolit le privilège de masculinité⁴⁴⁰ et le décret des 8 et 15 avril 1791 qui prévoit l'égalité des sexes dans les successions *ab intestat*⁴⁴¹. La législation relative aux successions, et notamment le décret du 7 mars 1793, donne non seulement aux descendants, qu'ils soient garçons ou filles, un droit égal sur le partage des biens de leurs ascendants, mais empêche aussi un des moyens de pression du père de famille sur ses héritiers et par là même une manifestation de la puissance paternelle⁴⁴².

136. Enfin, l'article 2 du titre IV de la loi du 20 septembre 1792 sur l'état civil prévoit l'égalité entre hommes et femmes s'agissant de l'accession à la majorité civile, fixée à vingt et un ans⁴⁴³. Le droit révolutionnaire est par conséquent fondé à la fois sur une logique individualiste, qui conduit à libéraliser le statut juridique des femmes mariées, et sur une opposition à l'arbitraire au sein de la famille, par la contestation de la puissance paternelle à l'origine d'inégalités entre les sexes. Pour autant, des inégalités, en particulier entre les époux, demeurent présentes au sein du droit révolutionnaire, d'autant plus que les réformes ponctuelles allant dans le sens de l'égalité des sexes sont remises en question avec la mise en place du Directoire.

de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans au moins ; sur l'absence de l'un d'eux, sans nouvelles, au moins pendant cinq ans ; sur l'émigration [...]» (archives parlementaires, tome 70, séance du 9 août 1793, p. 552).

⁴³⁹ FULCHIRON Hugues, « La femme, mère et épouse dans le droit révolutionnaire », *op. cit.*, p. 378.

⁴⁴⁰ Archives parlementaires, tome 12, séance du 15 mars 1790, p. 173 : « Article 11. Tous privilèges, toute féodalité et nobilité de biens étant détruits, les droits d'aînesse et de masculinité à l'égard des fiefs, domaines et aïeux nobles, et les partages inégaux à raison de la qualité des personnes sont abolis ».

⁴⁴¹ Archives parlementaires, tome 24, séance du 8 avril 1791, p. 650 : « Toute inégalité ici devant résultant entre héritiers ab intestat des qualités d'aînés ou de puînés, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, est abolie [...]. En conséquence, les dispositions des coutumes ou statuts qui excluaient les filles ou leurs descendants du droit de succéder avec les mâles ou les descendants mâles sont abrogées ».

⁴⁴² Voir l'intervention du député Mailhe lors de la séance du 7 mars 1793, archives parlementaires, tome 59, p. 682 : « Il est évident que si l'Assemblée décrète seulement que la faculté de tester en ligne directe est abolie, elle n'atteindra pas le grand but qu'elle se propose et qui est d'empêcher les pères, ennemis de la Révolution, de priver leurs enfants qui partagent leurs opinions et de déshériter ceux qui auraient des dispositions contraires à la liberté ».

⁴⁴³ Archives parlementaires, tome 50, séance du 20 septembre 1792, p. 181.

137. **Les limites du droit révolutionnaire en matière d'égalité civile entre les sexes.** Thermidor semble marquer une rupture quant aux réformes juridiques révolutionnaires favorables à l'égalité des sexes, avec le retour des conservateurs au pouvoir rétablissant l'inégalité au sein de la famille. Certains commentateurs ont toutefois fait valoir la non-pertinence de cette distinction entre d'un côté, un droit purement égalitaire pendant le premier temps de la Révolution et de l'autre, le retour après Thermidor d'un droit inégalitaire forgé par les juristes traditionalistes «pétris de philosophie naturaliste»⁴⁴⁴. Selon Michèle Bordeaux par exemple, les réformes du début de la Révolution sont fondées sur d'autres motivations que celle de l'égalité des sexes, ce qui expliquerait d'ailleurs que certaines inégalités subsistent pendant cette première phase de la Révolution. L'égalité entre les hommes et les femmes ne serait, selon cette conception, qu'un effet d'une législation faisant prévaloir la laïcité, l'anti-despotisme, le consensualisme, la propriété ou encore la liberté individuelle⁴⁴⁵. Par exemple, l'avènement du mariage civil serait principalement expliqué par l'impératif de laïcité, et l'égalité successorale serait motivée par la lutte contre les privilèges nobiliaires.

138. Sans chercher à mettre en évidence une motivation unique des auteurs des réformes révolutionnaires, il s'agit cependant de souligner que certaines inégalités entre les sexes demeurent au sein même des réformes entreprises. Ce constat corrobore l'idée selon laquelle l'égalité des sexes ne serait pas la motivation principale des législateurs révolutionnaires. Ainsi, s'agissant du mariage civil, l'âge pour se marier demeure différent pour les femmes et les hommes, qui peuvent se marier respectivement à treize ans et à quinze ans⁴⁴⁶. Mais c'est surtout dans les effets du mariage que se trouvent les inégalités les plus importantes. En effet, les épouses demeurent incapables en matière civile, hormis en matière de divorce, et doivent toujours être autorisées par le mari pour ester en justice, pour témoigner ou travailler⁴⁴⁷. Les mères ont également une autorité moindre sur les enfants, puisque dans le cas du mariage d'un enfant mineur, le consentement du père est suffisant, selon le décret du 20 septembre 1792, sauf en cas de mort ou d'interdiction du père⁴⁴⁸.

139. Si certaines manifestations de la puissance maritale sont limitées par le législateur, le mari et le père ne pouvant plus user d'un pouvoir légitime et arbitraire de correction et d'enfermement, désormais dévolu à la puissance publique, la puissance maritale en termes de

⁴⁴⁴ BORDEAUX Michèle, « L'universalisme juridique et l'impasse de l'égalité », *op. cit.*, p. 429.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 431.

⁴⁴⁶ Article 1^{er} de la section I du titre IV du décret du 20 septembre 1792 relatif à l'état civil : « L'âge requis pour le mariage est de quinze ans révolus pour les hommes et treize ans révolus pour les filles » (archives parlementaires, tome 50, séance du 20 septembre 1792, p. 181).

⁴⁴⁷ BORDEAUX Michèle, « L'universalisme juridique et l'impasse de l'égalité », *op. cit.*, p. 433.

⁴⁴⁸ Article 4 et 5 de la section I du titre IV du décret du 20 septembre 1792 relatif à l'état civil.

gestion et de disposition des biens persiste⁴⁴⁹. Le droit positif demeure silencieux en matière de réforme des régimes matrimoniaux et du droit des biens, particulièrement inégalitaires. L'éventualité d'une réforme égalitaire suscite d'ailleurs des oppositions de la part de certains députés à la Convention, tels que le juriste Thuriot⁴⁵⁰, qui croit incapables les femmes d'administrer ou le député Chaumette, qui rappelle aux femmes leur inégalité naturelle⁴⁵¹.

140. En outre, la loi du 20 septembre 1792 prévoit certes un accès égalitaire des époux au divorce, mais dont certains effets diffèrent selon le sexe⁴⁵². Ainsi, concernant les effets du divorce par rapport aux enfants, la loi de 1792 prévoit, en cas de divorce pour consentement mutuel ou incompatibilité d'humeur, à défaut d'un autre arrangement entre les parents, de confier les filles à la mère, ainsi que les garçons âgés de moins de sept ans, tandis que les autres enfants sont confiés au père⁴⁵³. Les mères sont ainsi, dans l'esprit des législateurs, mieux à même de pourvoir à l'éducation des enfants « ayant peu de raison, fille ou très jeunes garçons »⁴⁵⁴, tandis que les pères sont mieux adaptés à forger la raison des jeunes hommes. Ainsi, les rôles sociaux de genre continuent à être distingués et hiérarchisés entre les hommes et les femmes et nul ne saurait remettre en cause la destinée naturelle de chaque sexe ; en ce sens, un décret du 7 août 1793 punit de mort tout homme déguisé en femme, surpris dans les attroupements, mettant en évidence l'interdiction de toute ambiguïté sexuelle⁴⁵⁵. L'affirmation révolutionnaire de l'égalité civile s'accommode donc bien des inégalités persistant entre les époux, dévoilant les limites du projet d'individualisation et d'uniformisation des individus. Car le droit du début de la Révolution, s'il contient certaines réformes envisageant les femmes comme des individus et affaiblissant la

⁴⁴⁹ Certes, les premiers projets de code civil présentés par Cambacérés prévoient la destruction de la puissance maritale et une administration commune des biens par les deux époux, disposition soutenue au nom de l'égalité par des députés tels que Camille Desmoulins, Danton, Lacroix et Couthon mais elle ne reste qu'à l'état de projet (archives parlementaires, tome 72, séance du 23 août 1793, p. 674). Voir par exemple l'intervention de Camille Desmoulins : « Je ne veux pas que l'on conserve plus longtemps la puissance maritale qui est une création des gouvernements despotiques » et celle de Couthon : « Il suffit d'avoir quelques réflexions sur la nature de l'homme pour s'être convaincu que la femme est née avec autant de capacité que l'homme ».

⁴⁵⁰ Archives parlementaires, tome 72, séance du 23 août 1793, p. 673 : « Je crois que le mari seul doit avoir l'administration des biens et aussi en être seul responsable ; bien peu de femmes seraient en état de gérer cette administration [...] Celle loi asservirait et dégraderait l'homme en le mettant sous la tutelle de la femme ».

⁴⁵¹ CHAUMETTE Pierre-Gaspard, « Discours à la Commune de Paris », *Révolutions de Paris*, n° 216, 27 brumaire an II (17 novembre 1793), tome XVII, in BADINTER Elisabeth, *Paroles d'hommes (1790-1793)*, Paris, POL, 1989, p. 181 : « Femmes imprudentes qui voulez devenir des hommes, n'êtes-vous pas assez bien partagées, que vous faut-il de plus. Au nom de la nature restez ce que vous êtes, de loin de nous envier les périls d'une vie orageuse, contentez-vous de nous les faire oublier au sein de nos familles ».

⁴⁵² Par exemple, lorsque le divorce est établi au regard de l'une des sept causes déterminées par la loi, autres que la démence, la folie ou la fureur, telles que l'adultère, la loi fixe une sanction qui ne concerne que les femmes : elles sont alors privées des droits et bénéfices de la communauté de biens ou société d'acquêts (article 5 du chapitre 3 de la loi du 20 septembre 1792, archives parlementaires, tome 50, séance du 20 septembre 1792, p. 190).

⁴⁵³ Article 1^{er} du chapitre 4 de la loi du 20 septembre 1792, archives parlementaires, tome 50, séance du 20 septembre 1792, p. 190.

⁴⁵⁴ BORDEAUX Michèle, « L'universalisme juridique et l'impasse de l'égalité », *op. cit.*, p. 433.

⁴⁵⁵ Archives parlementaires, tome 70, séance du 7 août 1793, p. 451.

puissance maritale, ne tend pas à une égalité des sexes qui reviendrait à remettre en cause les rôles sociaux hiérarchisés au sein de la famille⁴⁵⁶.

141. Les mesures ponctuelles prises par la Législative et la Convention sont, qui plus est, remises en question par les thermidoriens, qui annoncent l'esprit inégalitaire du Code civil⁴⁵⁷. Le troisième projet de code civil marque l'abandon définitif de l'administration commune et prend ainsi acte des arguments invoqués à l'encontre d'une législation trop égalitaire qui contrarierait la prééminence naturelle des hommes à la gestion des biens, masquerait l'inaptitude des femmes à s'occuper des biens et empêcherait une protection des femmes contre elles-mêmes⁴⁵⁸. Le discours de Cambacérès devant le Conseil des cinq-cents est significatif de ce revirement fondé sur l'argumentaire naturaliste : « Quoique l'égalité doive servir de régulateur dans tous les actes de l'organisation sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel et de prévenir ainsi les débats qui détruiraient les charmes de la vie domestique [...]. Rien d'ailleurs n'empêcherait que l'administration ne fût mise entre les mains de la femme ; une pareille convention n'offrirait-elle pas une contravention à la loi naturelle et ne ferait-elle pas supposer l'imbécillité du mari ? »⁴⁵⁹ Le discours du législateur manifeste donc la crainte de voir l'égalité des sexes conduire à la fois à un affrontement au sein du couple, détruisant la structure familiale, et à l'infériorisation du rôle des hommes au sein de la famille. Et si le troisième projet de code civil de Cambacérès n'est pas retenu par le Conseil des cinq-cents, son esprit est repris lors de l'élaboration du Code civil de 1804, qui met concrètement en œuvre l'inégalité juridique entre les époux, revenant ainsi sur les quelques acquis révolutionnaires.

2) La consécration d'un droit civil inégalitaire par le Code civil : le refus d'une citoyenneté civile

142. Si l'égalité civile entre les individus persiste après la Révolution, les inégalités entre les sexes, en particulier entre les époux, apparaissent plus que jamais comme évidentes et

⁴⁵⁶ Voir MARÉCHAL Sylvain, *Il ne faut pas que les femmes sachent lire ou Projet de loi portant défense d'apprendre à lire aux femmes*, op. cit., p. 72-73 : Article 2 : « La Raison veut : à l'homme, l'épée et la plume, à la femme, l'aiguille et le fuseau ; à l'homme, la massue d'Hercule, à la femme, la quenouille d'Omphale ; à l'homme, les productions du génie, à la femme les sentiments du cœur ». Article 3 : « La Raison veut que chaque sexe soit à sa place et s'y tienne. Les choses vont mal quand les deux sexes empiètent l'un sur l'autre ». Article 5 : « La Raison veut que les sexes diffèrent de talents comme d'habits. Il est aussi révoltant et scandaleux de voir un homme coudre, que de voir une femme écrire ; de voir un homme tresser des cheveux, que de voir une femme tourner des phrases ».

⁴⁵⁷ Ainsi, une campagne contre le divorce est mise en place, notamment par la loi du 15 thermidor an III chargeant le Comité de législation de réviser les règles relatives au divorce. De même, le Comité de législation réaffirme en 1796 l'autorité maritale en matière d'administration des biens, remise pourtant en cause par les deux premiers projets de code civil présenté par Cambacérès en 1793 et 1794 (SLEDZIEWSKI Elisabeth, *Révolution du sujet*, op. cit., p. 116).

⁴⁵⁸ Archives parlementaires, tome 72, séance du 23 août 1793, p. 674.

⁴⁵⁹ *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n° 341, séance du 11 fructidor an IV (28 août 1796), p. 1353.

respectueuses de l'égalité, en raison du rattachement des femmes à la sphère domestique conçue comme naturellement inégalitaire.

143. La famille comme société naturelle, source d'inégalités entre les époux.

L'individualisme nécessaire à la reconnaissance d'une « société des égaux »⁴⁶⁰ s'estompe avec l'avènement du Consulat, de l'Empire et avec lui du Code civil. L'approche contractuelle du couple s'y accompagne d'une conception de la famille comme société naturelle, qui se poursuit sous la II^e et la III^e République. Le mariage et la famille sont des institutions commandées par des normes impératives⁴⁶¹ et inégalitaires, justifiées par la dimension naturelle des rôles masculins et féminins⁴⁶². L'égalité de « raison » entre les hommes et les femmes est affirmée à travers l'égalité de consentement au mariage⁴⁶³, mais une fois le consentement au mariage donné par les époux, ils sont soumis à un cadre juridique inégalitaire fondé sur les différences dites « naturelles » entre les sexes⁴⁶⁴. Ainsi Portalis procède-t-il à cette différenciation lors de la présentation du titre du Code civil relatif au mariage au Corps législatif le 7 mars 1803 : « Cette différence qui existe dans leur être en suppose dans leurs droits et devoirs respectifs. Sans doute dans le mariage les époux concourent à un objet commun ; mais ils ne sauraient y concourir de la même manière. Ils sont égaux en certaines choses, ils ne sont pas comparables dans d'autres. La force et l'audace sont du côté de l'homme, la timidité et la pudeur du côté de la femme [...] La femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible ; l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort. La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution de son être [...] Cette prééminence est la source du pouvoir de protection que le projet de loi attribue au mari »⁴⁶⁵. Les hommes politiques et juristes du XIX^e siècle font ainsi référence à la hiérarchie naturelle qui existerait entre les sexes⁴⁶⁶, évoquée par les philosophes et hommes de science, pour légitimer les inégalités

⁴⁶⁰ ROSANVALLON Pierre, *La société des égaux*, Paris, Seuil, 2011.

⁴⁶¹ Sur la famille comme institution, c'est-à-dire comme « organisation collective ayant une existence sociale en tant qu'ordre juridique, et générant des phénomènes juridiques », voir MILLARD Éric, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, 1995, p. 123.

⁴⁶² VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848, op. cit.*, p. 51, citant le juriste Julien Bonnacase : « Qu'est le mariage, sinon une institution faite d'un ensemble de règles de droit essentiellement impératives, dont le but est de donner à l'union des sexes, donc à la famille, une organisation sociale et morale correspondant à la fois aux inspirations du moment et à la nature permanente de l'homme ».

⁴⁶³ PORTALIS Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil, prononcé le 21 janvier 1801*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, URL : http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf, p. 46.

⁴⁶⁴ Article 1388, chapitre I, titre V du Code civil de 1804 : « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ou qui appartiennent au mari comme chef [...] ».

⁴⁶⁵ PORTALIS Jean-Etienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 204.

⁴⁶⁶ Voir parmi de multiples exemples, GARNIER DESCHESESNES, *Observations sur le projet de Code civil présenté par la Commission nommée par le Gouvernement le 24 thermidor an VIII* et publié en l'an IX, Paris, 1801, p. 26, à propos de l'incapacité des femmes à contracter sans le consentement/autorisation de leur mari : « On se demande quel peut avoir été le motif de substituer soigneusement le mot consentement à celui d'autorisation [...]. On croit qu'il faut rétablir le mot autorisation. Ce mot est le seul qui convienne à la nature de la société du mariage où il doit nécessairement y avoir un chef, lequel ne peut être que le mari ; au lieu que le mot consentement présente une fausse égalité entre les deux associés, d'après laquelle il faudrait donc aussi que le mari eût le consentement de la femme pour contracter ».

juridiques dans le droit du mariage et de la famille⁴⁶⁷. Il s'agit de souligner que l'infériorité juridique de l'épouse est prégnante dans tous les aspects du mariage, que ce soit en matière de capacité, de gestion des biens, du rôle parental, des devoirs incombant aux époux ou encore de la dissolution du mariage.

144. Le chapitre VI du titre V du livre I du Code civil relatif aux obligations entre les époux établit ainsi l'incapacité des femmes mariées et la supériorité maritale, justifiées par l'idée, venue du droit romain, de *fragilitas* du sexe féminin, justifiant la protection d'un être faible, à l'instar du mineur⁴⁶⁸. L'article 213 instaure le devoir d'obéissance de la femme à son mari, en contrepartie de la protection accordée par le mari à sa femme. L'infériorité juridique de la femme mariée se manifeste à travers nombre de dispositions, allant du devoir de cohabitation pour l'épouse⁴⁶⁹, à l'incapacité de cette dernière de contracter des actes juridiques⁴⁷⁰. Une telle incapacité est également prévue en matière de droit des biens, concernant l'administration et l'aliénation des biens, en particulier des biens communs. S'agissant par exemple du régime de droit commun, la communauté de biens, l'article 1421 dispose que : «Le mari administre seul les biens de la communauté. Il peut vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme»⁴⁷¹. La prédominance du rôle du mari dans la gestion des biens n'est pas seulement appréhendée comme une soumission de la femme à la puissance maritale. L'inégalité la protège également contre une

⁴⁶⁷ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848, op. cit.*, p. 45.

⁴⁶⁸ ARNAUD-DUC Nicole, «Les contradictions du droit», in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident, XIXe siècle*, Paris, Plon, 1991, p. 103.

⁴⁶⁹ Selon l'article 214, ce dernier pouvant user de l'emploi de la force publique pour faire revenir sa femme au domicile, selon un arrêt de la Cour de cassation du 9 août 1826 (Cass., 9 août 1826, publié au bulletin, tome 28, n° 79, p. 297).

⁴⁷⁰ Aux termes des articles 217 et 222, l'autorisation du mari est requise pour que l'épouse puisse contracter donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, les actes passés sans autorisation étant frappés de nullité relative. L'article 1124 énonce que la femme mariée est incapable de contracter de manière générale. Selon l'article 226, l'autorisation du mari est également nécessaire pour que la femme puisse tester. L'article 215 prévoit que l'épouse ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari, alors même qu'elle serait marchande publique, sauf dans le cas où le juge l'autoriserait (article 218) ; l'autorisation du mari n'est en revanche pas nécessaire si elle est poursuivie en matière criminelle ou de police, selon l'article 216 ; c'est donc la capacité de l'épouse à agir et non sa participation à un procès qui est mise en cause. Même en cas d'absence ou de condamnation du mari pour une peine afflictive ou infamante, l'épouse ne peut contracter ou ester en justice qu'avec l'autorisation du juge, aux termes des articles 221 et 222. En revanche, le rôle de l'épouse étant la gestion quotidienne de l'espace domestique, il est commun que le mari donne un « mandat » à sa femme pour acheter les produits de consommation pour l'entretien de la famille, en engageant les biens de la communauté, le mari pouvant toutefois révoquer le mandat et le juge pouvant annuler les dépenses excessives (voir sur ce point, ARNAUD-DUC Nicole, «Les contradictions du droit», *op. cit.*, p. 112).

⁴⁷¹ Les types de régimes matrimoniaux prévus par le titre V du livre III du Code civil fixent l'incapacité des épouses : ainsi, l'article 1426 précise que les actes passés par la femme sans le consentement du mari n'engagent pas la communauté, et ce même avec l'autorisation du juge. En outre, le mari détient l'administration des biens personnels de la femme, pouvant exercer des actions mobilières sur ses biens, ainsi qu'aliéner ses meubles sans son consentement, aux termes de l'article 1428. Même en cas de séparation de corps, qui dissout la communauté, l'article 1449 énonce que la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari ou de la justice. L'article 1424 est un exemple d'inégalité entre la situation du mari et celle de la femme, lorsqu'ils encourent une amende pour crimes n'emportant pas mort civile ; celles encourues par le mari peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, alors que celles encourues par la femme ne peuvent s'exécuter que sur la nue-propriété de ses biens personnels, ce qui revient à l'exclure, sur ce point, du bénéfice de la communauté. Dans le régime dotal, la dot que constituent les biens apportés par la femme au mari pour supporter les charges du mariage, est administrée seulement par le mari, selon l'article 1549, la femme étant incapable de l'administrer, mais pouvant néanmoins en toucher des revenus pour ses besoins personnels. Toutefois, les biens dotaux immobiliers ne peuvent pas être aliénés par le mari, sauf décision de justice, et la femme doit pouvoir les reprendre à la dissolution de l'union (article 1554). Concernant les biens paraphernaux, c'est-à-dire les biens personnels de la femme qui ne constituent pas la dot, l'article 1576 dispose que, si la femme détient l'administration et la jouissance de ses biens, elle ne peut les aliéner sans autorisation de son mari ou sans permission de la justice.

mauvaise gestion ou une gestion inégale des biens par son mari⁴⁷². Le droit matrimonial du Code civil instaure ainsi une puissance maritale marquée, ainsi qu'un « paternalisme » à l'égard de la femme mariée considérée comme un être « naturellement faible »⁴⁷³. Dans le même esprit, les dispositions relatives à la puissance paternelle écartent la mère de l'exercice de l'autorité sur les enfants pendant le mariage, aux termes de l'article 373 du Code civil, l'autorité étant avant tout un attribut masculin⁴⁷⁴.

145. Les inégalités entre maris et femmes sont également présentes au sein des dispositions du Code civil relatives à la dissolution du mariage. L'article 228 du Code civil impose par exemple uniquement aux femmes un délai de viduité pour se remarier, afin d'assurer la filiation légitime, en énonçant que : « La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent »⁴⁷⁵. Quant au divorce – qui reste limité, puis totalement remis en cause en 1816⁴⁷⁶ – les inégalités entre époux se manifestent tant dans les causes de divorce⁴⁷⁷, que dans les effets du divorce⁴⁷⁸ : là encore, le pouvoir du mari est significatif, en particulier en cas d'adultère de la femme.

⁴⁷² Article 1423 du Code civil de 1804 : « La donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder sa part dans la communauté ». Par exemple, les dispositions du Code civil relatives à la dissolution de la communauté (articles 1441 et suivants) encadrent précisément quels sont les droits de la femme ou de ses héritiers sur les biens après une telle dissolution, alors même qu'un tel encadrement n'est pas prévu pour le mari. De même, l'article 1472 énonce qu'au moment du partage de la communauté, « la femme et ses héritiers, en cas d'insuffisance de la communauté, exercent leur reprise sur les biens personnels du mari ». Un autre exemple de protection de la femme est prévu à l'article 1420, qui dispose que : « Toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari est à la charge de la communauté ; et le créancier n'en peut poursuivre le paiement ni contre la femme, ni sur ses biens personnels ». De l'incapacité de l'épouse résulte donc en contrepartie une protection de l'épouse, qui ne doit pas être tenue responsable des dettes contractées sur autorisation du mari.

⁴⁷³ SAVATIER René, « Destin du Code civil français. 1804-1954 », *RIDC*, vol. 6, n° 4, 1954, p. 641.

⁴⁷⁴ De plus, seul le père détient la tutelle des biens personnels de l'enfant mineur, selon l'article 389 ; sa femme peut l'exercer à sa mort, mais si elle se remarie, elle perd la tutelle de plein droit, sauf décision du conseil de famille dans le sens contraire (article 398).

⁴⁷⁵ Selon l'article 297 du Code civil, ce délai passe à trois ans en cas de divorce par consentement mutuel.

⁴⁷⁶ S'agissant plus précisément du divorce par consentement mutuel, il est limité dans le temps par rapport au décret de 1792, puisque, selon les articles 276 et 277, il n'est admis qu'après deux ans de mariage et ne peut l'être après vingt ans de mariage et lorsque la femme a plus de quarante-cinq ans. Ces limitations au divorce et par là même à la liberté individuelle des époux, sont confirmées par la loi du 10 mai 1816 qui abolit le divorce et laisse seulement subsister la séparation de corps. Le divorce est néanmoins rétabli dans le Code civil par la loi Naquet du 28 juillet 1884, mais pour des causes limitées – l'adultère des époux, les excès, sévices et injures graves et la condamnation à des peines afflictives ou infamantes (*JORF*, 29 juillet 1884, p. 4041). La loi ne rétablit pas le divorce par consentement mutuel, refusant d'en faire un droit individuel, et poursuit les inégalités entre hommes et femmes en la matière, hormis les règles relatives à l'adultère, qui s'appliquent aux époux de façon indifférenciée (articles 229 et 230).

⁴⁷⁷ Les causes de divorce sont prévues au titre VI du livre I du Code civil : celui-ci peut être prononcé par consentement mutuel (article 233 et suivants) ou pour causes déterminées, après une procédure contentieuse détaillée aux articles 234 et suivants, causes qui peuvent différer selon le sexe. Ainsi, les deux époux peuvent demander le divorce pour cause d'adultère, mais l'article 230 précise que la femme ne peut exercer une telle demande seulement si le mari a tenu sa concubine dans la maison commune. De surcroît, les articles 298 et 308 prévoient la condamnation de la femme adultère lors du divorce ou de la séparation de corps, sur la réquisition du ministère public et non du mari, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps allant de trois mois à deux ans. En cas de séparation de corps, l'article 310 précise que : « Le mari reste le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme ».

⁴⁷⁸ L'article 267 prévoit que l'administration des enfants est attribuée au mari demandeur ou défendeur, sauf si le tribunal en décide autrement. L'article 268 dispose également que c'est à la femme de quitter le domicile conjugal, qui appartient par principe au mari. De plus, le pouvoir du mari ne disparaît pas complètement avec le divorce dès lors qu'il paie une pension alimentaire ;

146. Sur ce point, l'infidélité de la femme est de manière générale beaucoup plus sévèrement punie que celle du mari – bien que le devoir de fidélité incombe en théorie, selon l'article 212 du Code civil, aux deux époux – une peine pouvant être prononcée par un magistrat civil⁴⁷⁹. La législation sur l'adultère souligne bien, d'après Pierre Leroux, à quel point les épouses sont considérées comme un élément du patrimoine du mariage bourgeois⁴⁸⁰. De surcroît, l'article 324 du Code pénal « excuse », jusqu'en 1975, le meurtre commis par le mari de la femme adultère ou de son complice surpris en flagrant délit dans la maison conjugale. Le devoir conjugal permet en outre au mari d'user de violence à l'encontre de son épouse, à condition que celles-ci ne soient pas des « actes contraires à la fin légitime du mariage » selon la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁴⁸¹. Le viol de la femme par le mari n'est donc pas reconnu, « si le mari force sa femme à avoir des rapports sexuels normaux sans tomber dans les sévices graves »⁴⁸².

147. Les inégalités entre les époux sont par conséquent manifestes dans le droit civil – et pénal – postrévolutionnaire, les droits et les pouvoirs du mari étant supérieurs à ceux de la femme mariée incapable. Ces différences de traitement constituent dès lors des inégalités de genre, car elles se manifestent à l'encontre des femmes en tant qu'elles adoptent un certain rôle social, celui d'épouse et de mère, hiérarchisé au sein de la famille.

148. **Des inégalités de genre fondées sur le rôle social de « la femme ».** Ces inégalités juridiques qui existent entre les maris et les femmes peuvent être qualifiées d'inégalité de genre, car elles résultent de la construction sociale de « la femme » comme étant destinée naturellement aux fonctions d'épouse et de mère, subordonnée au mari au sein de la famille. L'organisation juridique postrévolutionnaire conduit en effet à « une universalisation de l'incapacité des femmes mariées liée à leur fonction sociale, c'est-à-dire à la représentation culturelle » de leur sexe biologique⁴⁸³. Dès lors, les inégalités maintenues ne sont *a priori* pas fondées sur le sexe

l'article 269 énonce en ce sens que la femme est tenue de justifier de sa résidence provisoire dans la maison indiquée, sous peine de se voir refuser la pension alimentaire.

⁴⁷⁹ L'article 337 du Code pénal, sous la section relative aux « attentats aux mœurs », prévoit une peine allant de trois mois à deux ans d'emprisonnement, à l'encontre de la femme adultère, le législateur laissant le choix au mari de porter plainte et d'arrêter la condamnation, ce qui renforce davantage l'autorité du mari sur sa femme. Au contraire, le mari coupable d'adultère risque seulement, aux termes de l'article 339 du Code pénal, une amende de cent à deux mille francs, seulement s'il a entretenu une concubine dans la maison conjugale s'il a été convaincu sur la plainte de la femme.

⁴⁸⁰ Afin de confronter les législateurs à cette réalité, il propose en 1849 à l'Assemblée nationale un amendement pour exclure du droit de vote les amants des femmes adultères, amendement qui est adopté. Selon lui, si les femmes sont la propriété des hommes et si la loi électorale prévoit d'exclure les voleurs du droit de vote, la loi doit donc exclure l'homme qui a volé la femme d'un autre homme (LE BRAS-CHOPARD Armelle, *De l'égalité dans la différence. Le socialisme de Pierre Leroux*, *op. cit.*, p. 264).

⁴⁸¹ Cass. crim., 21 novembre 1839, *Sirey* 1839.1.817, publié au bulletin, tome 44, n° 355, p. 544.

⁴⁸² ARNAUD-DUC Nicole, « Les contradictions du droit », *op. cit.*, p. 106.

⁴⁸³ BORDEAUX Michèle, « L'universalisme juridique et l'impasse de l'égalité », *op. cit.*, p. 430.

biologique, puisqu'elles ne concernent pas les femmes en tant que telles⁴⁸⁴ mais bien les femmes mariées⁴⁸⁵. Seulement, si les femmes majeures non mariées demeurent en principe préservées des inégalités au sein de la famille⁴⁸⁶, elles n'ont pas tout à fait des droits égaux à ceux des hommes en matière civile. Selon l'article 442 du Code civil, elles ne peuvent être tutrices, au même titre que les mineurs et les interdits, sauf si elles sont les mères ou les ascendantes d'un individu sous tutelle⁴⁸⁷. De même, elles sont exemptées par l'article 2066 de la contrainte par corps, sauf en cas de stellionat⁴⁸⁸, ce qui est à la fois une protection et une atteinte à leur capacité à s'obliger⁴⁸⁹. Le point commun entre ces inégalités touchant les femmes résulte dans l'incapacité supposée des femmes à exercer certaines responsabilités, envers des personnes ou envers des biens.

149. Les inégalités de genre se manifestent, en outre, d'autres manières, à la fois par l'invisibilisation des femmes non mariées, mais aussi par la protection des femmes – sur le terrain social et pénal – découlant de leur rattachement de principe à la sphère domestique. Tout d'abord, les femmes non mariées apparaissent « civilement capables, mais socialement en marge »⁴⁹⁰, en ce que le rôle social qu'elles adoptent ne correspond pas au rôle social qui est attendu d'elles selon la norme sociale dominante. En effet, les femmes célibataires demeurent hors du modèle familial dominant, ce qui entraîne une certaine précarité sociale. Le travail féminin – qui comprend les travaux liés « par nature » aux femmes, comme le travail dans les fabriques de tissu, de soie, la couture – est rémunéré inférieurement, car habituellement considéré comme un salaire d'appoint à celui du mari⁴⁹¹. Les veuves connaissent une situation également précaire dans les milieux populaires, où l'absence de visibilité de leur travail ne leur permet

⁴⁸⁴ CARBONNIER Jean, *Droit civil, tome 1. Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, réédition, 2017, p. 500 : « A la vérité, les inégalités qu'il instituait n'étaient pas des inégalités *propter sexum*, à cause du sexe – du moins, pas à cause du sexe uniquement. Si le sexe y jouait un rôle, c'est en combinaison avec le mariage. Célibataire veuve ou divorcée, la femme était en droit l'égal de l'homme ».

⁴⁸⁵ FULCHIRON Hugues, « La femme, mère et épouse dans le droit révolutionnaire », *op. cit.*, p. 379.

⁴⁸⁶ Les femmes majeures non mariées ou les veuves peuvent être déclarantes à un acte d'état civil, témoigner ou ester en justice, être mandataire (article 1990), passer un contrat de dépôt (article 1940) et hériter de la même façon que les hommes (LEPOINTE Gabriel, « La femme au XIX^e siècle en France », in *La femme. Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Tome X, Bruxelles, Éditions de la Librairie Encyclopédique, 1962, p. 502-503).

⁴⁸⁷ Cette disposition conforte la solution retenue par BOUCHER D'ARGIS dans l'Encyclopédie : « Les hommes, par la prérogative de leur sexe et par la force de leur tempérament, sont naturellement capables de toutes sortes d'emplois et d'engagements ; au lieu que les femmes, soit à cause de la fragilité de leur sexe et de leur délicatesse naturelle, sont exclues de plusieurs fonctions, et incapables de certains engagements [...] On ne les peut nommer tutrices ou curatrices que de leurs propres enfants ou petits-enfants ; il y a néanmoins des exemples qu'une femme a été nommée curatrice de son mari prodigue, furieux et interdit » (article « Femme (jurisprudence) », in DIDEROT Denis, D'ALEMBERT Jean le Rond, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome 6, 1^{ère} édition, 1751, p. 475).

⁴⁸⁸ Article 2059 du Code civil : « Il y a stellionat lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire ; lorsqu'on prétexte comme libres des biens hypothéqués ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés ».

⁴⁸⁹ LEPOINTE Gabriel, « La femme au XIX^e siècle en France », *op. cit.*, p. 503. La contrainte par corps a été supprimée par la loi du 22 juillet 1867. Dans le même sens, l'article 113 du Code de commerce de 1807 dispose également que la lettre de change signée par une femme non négociante ou marchande publique n'a pas de valeur juridique.

⁴⁹⁰ ARNAUD-DUC Nicole, « Les contradictions du droit », *op. cit.*, p. 112.

⁴⁹¹ PERROT Michelle, « En marge : célibataires et solitaires », in ARIÈS Philippe, DUBY Georges, *Histoire de la vie privée. IV : De la Révolution à la Grande Guerre*, Éditions du Seuil, 1999, p. 275.

aucune retraite⁴⁹². Par ailleurs, certaines dispositions tendant à protéger les mères et les veuves de la pauvreté excluent les femmes célibataires de leur bénéfice, ce qui confirme à la fois leur invisibilité sur le plan juridique et la prédominance du modèle de la femme comme mère et épouse⁴⁹³. Partant, la protection sociale des femmes s'arrête en dehors de la famille traditionnelle, le rôle des femmes étant seulement appréhendé au sein de celle-ci⁴⁹⁴.

150. Ensuite, les inégalités de genre proviennent des traitements juridiques différenciés des femmes, lorsqu'il s'agit de les protéger en tant que mères ou potentielles mères. Ces mesures de protection constituent des inégalités entre les hommes et les femmes, mais ne sont pas forcément adoptées au détriment des femmes, bien que leur bénéfice aille de pair avec une certaine conception du corps féminin, considéré comme plus faible que celui des hommes. Elles relèvent dès lors d'une forme de paternalisme qui tend à renforcer l'idée de l'incapacité des femmes. La législation républicaine sur le travail est significative de cette tendance à protéger les femmes, en limitant leur droit de travailler dans certaines conditions qui seraient dangereuses pour elles, ce qui tend de plus à diminuer le salaire féminin⁴⁹⁵. Il s'agit certes de protéger les femmes, mais aussi de protéger la famille, les femmes devant être disponibles pour effectuer leurs fonctions d'épouse et de mère. Comme l'affirme Jules Simon, qui ne remet pas en cause le travail personnel des femmes, mais seulement son abus : « La femme devenue ouvrière, n'est plus une femme »⁴⁹⁶, au sens où elle travaille trop et ne peut plus remplir son rôle de mère et d'épouse nécessaire au bonheur de tous. Certains commentateurs ont affirmé que de telles mesures empêchaient la capacité d'embauche et écartaient les femmes du marché du travail où elles étaient en concurrence avec les hommes⁴⁹⁷. Cette idée est d'autant plus convaincante lorsque l'on constate que cette législation protectrice, qui écarte les femmes du travail ouvrier, concerne seulement les milieux où règne la concurrence entre salariés et ignore totalement les autres formes du travail féminin, telles que le travail des paysannes ou le travail domestique. L'objectif du droit serait dès lors, selon cette hypothèse, plutôt la mise à l'écart implicite du prolétariat féminin, que sa réelle

⁴⁹² *Ibid.*, p. 275.

⁴⁹³ La législation révolutionnaire relative à l'assistance prévoit ainsi des dispositions spécifiques envers les mères indigentes et les veuves, à l'instar par exemple de la loi du 28 juin 1793 (archives parlementaires, tome 67, séance du 28 juin 1793, p. 613), mais aucune aide aux femmes célibataires sans enfant qui seraient indigentes.

⁴⁹⁴ DOUSSET Christine, « La perception de la pauvreté féminine sous la Révolution (dans la législation sur l'assistance) », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 avril 1989*, *op. cit.*, p. 401.

⁴⁹⁵ Par exemple, la loi du 2 novembre 1892 (*Bulletin des lois* n° 1511, p. 801) sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels, fixe la durée du travail pour les femmes à onze heures par jour et une journée de repos hebdomadaire (articles 3 et 5) (ARNAUD-DUC Nicole, « Les contradictions du droit », *op. cit.*, p. 97). Elle interdit aussi le travail de nuit dans les usines, mines, chantiers, manufactures (article 4), ainsi que dans les établissements insalubres et dangereux (article 13). L'interdiction du travail de nuit des femmes est aménagée par la suite par les lois du 15 juillet 1908 et du 22 décembre 1911 (*JOFR*, 25 décembre 1911, p. 10381).

⁴⁹⁶ SIMON Jules, *L'ouvrière*, Paris, Hachette, 1861, p. VI et p. VIII : « Il faut user de tous les moyens que la liberté autorise pour ramener l'épouse et la mère dans la maison. J'ai cherché à la démontrer. Je mets mes efforts sous la protection de toutes les femmes. C'est leur cause puisque c'est la cause du devoir et des saintes affections de la famille ».

⁴⁹⁷ ARNAUD-DUC Nicole, « Les contradictions du droit », *op. cit.*, p. 95.

protection. Le droit, dans sa dimension protectrice, tend à faire de la sphère publique un lieu plus difficile d'accès pour les femmes, celles-ci étant par principe rattachées à l'espace domestique.

151. Certaines dispositions du droit pénal fixent également un traitement à la fois inégalitaire et protecteur des femmes, en contrepartie d'un confinement de celles-ci dans la sphère privée. L'article 16 du Code pénal de 1810, reprenant le Code pénal de 1791⁴⁹⁸, dispose ainsi que : « Les femmes et les filles condamnées aux travaux forcés n'y seront employées que dans l'intérieur d'une maison de force ». De même, si le Code pénal de 1810 ne condamne pas la prostitution, le droit français la tolère sous contrôle de l'administration, généralement en milieu clôt dans des « maisons de tolérance » ou « maisons closes »⁴⁹⁹. Les maisons de tolérance sont soumises à un contrôle strict de la part de l'administration⁵⁰⁰, avec par exemple la clôture obligatoire des volets extérieurs, l'interdiction du racolage aux portes et dans les rues ou le respect des mesures d'hygiène⁵⁰¹. Les femmes prostituées sont ainsi mises à l'écart au sein de la sphère publique, car, comme l'affirme Jean-Louis Soulié, « canaliser la prostitution par ce moyen n'avait pour but que la rendre plus discrète, limiter autant que possible le nombre de ses victimes, assurer la sauvegarde des femmes honnêtes et la dignité de la rue, et empêcher le scandale de dépasser certaines limites. Une hypocrisie organisée en quelque sorte »⁵⁰². Ainsi, même lorsque les femmes sont détachées de la sphère privée et rattachées à la sphère publique, comme dans le cas de la condamnation pénale ou de la prostitution, elles ne bénéficient pas d'un traitement égal à ceux des hommes car elles demeurent davantage confinées que ces derniers et sous le contrôle de l'administration.

152. Les inégalités de genre ont donc à voir avec la façon dont le droit exclut les femmes de la sphère publique – gouvernée par les principes d'égalité et de liberté – par leur rattachement à l'espace domestique inégalitaire, notamment par le biais de l'éducation.

153. **Le rattachement des femmes à la sphère domestique par l'éducation républicaine.**

La législation républicaine relative à l'instruction diffère selon le sexe, et procède à des inégalités

⁴⁹⁸ Articles 9 du Code pénal des 25 septembre et 6 octobre 1791 : « Dans le cas où la loi prononce la peine des fers pour un certain nombre d'années, si c'est une femme ou une fille qui est convaincue de s'être rendue coupable desdits crimes, ladite femme ou fille sera condamnée pour le même nombre d'années, à la peine de la réclusion dans la maison de force ». Article 10 : « Les femmes et les filles condamnées à cette peine, seront enfermées dans une maison de force, et seront employées dans l'enceinte de ladite maison, à des travaux forcés au profit de l'État ».

⁴⁹⁹ SOULIÉ Jean-Louis, *La prostitution en droit, le droit à la prostitution*, Montpellier, Arceaux 49, 2000, p. 88.

⁵⁰⁰ En effet, la prostitution est considérée comme relevant de l'ordre public et dès lors, les autorités administratives et plus précisément les maires et les préfets, ont la compétence pour prendre des mesures de police pour la réglementer, et ce dès les lois du 16 et 24 août 1790 et 22 juillet 1791, modifiées par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884.

⁵⁰¹ Les prostituées confinées sont inscrites dans un registre des pensionnaires et les prostituées isolées sont répertoriées et inscrites sur un registre spécial des mœurs, permettant un contrôle par la police administrative (SOULIÉ Jean-Louis, *La prostitution en droit, le droit à la prostitution*, op. cit., p. 88).

⁵⁰² SOULIÉ Jean-Louis, *La prostitution en droit, le droit à la prostitution*, op. cit., p. 89.

de genre en prévoyant une éducation spécifique des filles aux travaux domestiques. Déjà, sous la Révolution, les revendications pour une loi sur l'éducation des femmes sont rejetées, au motif que les tâches domestiques ne s'apprennent pas à l'école⁵⁰³. Et si le rapport sur l'instruction publique présenté par Talleyrand en 1791 prévoit l'éducation primaire pour tous, y compris pour les filles, c'est seulement jusqu'à l'âge de huit ans en ce qui concerne ces dernières. Après cet âge, les pères et mères – ou, à défaut, des maisons d'éducation pour les filles – sont invités à pourvoir à l'éducation de leurs filles, en « tendant particulièrement à préparer les filles aux vertus de la vie domestique et aux talents utiles dans le gouvernement d'une famille »⁵⁰⁴. Mirabeau, également, en faisant référence à Rousseau, prône une éducation des femmes conforme à leur « nature » et à leur constitution fragile qui les destinerait aux soins domestiques, à l'intérieur du foyer : « Sans doute la femme doit-elle régner dans l'intérieur de sa maison, mais elle ne doit régner que là ; partout ailleurs, elle est comme déplacée »⁵⁰⁵. Les projets relatifs à l'éducation, tels que celui élaboré par Lepeletier et présenté par Robespierre en 1793, prévoient certes une éducation pour les filles, mais une éducation spécifique⁵⁰⁶.

154. La législation du XIX^e siècle reconnaît explicitement la nécessité d'une éducation pour les filles⁵⁰⁷. Cependant, Le législateur fixe en 1880 des objectifs différents à l'enseignement secondaire des filles et des garçons. L'objectif de l'éducation secondaire des garçons est d'accéder aux concours et grades supérieurs par le biais du baccalauréat⁵⁰⁸. Au contraire, les filles n'accèdent pas à cet examen final et passent chaque année d'une classe à une autre par des examens « qui n'exigent qu'une courte préparation, n'imposent aucun excès de travail »⁵⁰⁹. L'objectif des études étant par conséquent moins exigeant pour les filles, le contenu des enseignements l'est

⁵⁰³ *Révolutions de Paris*, n° 143, 7 avril 1792, in BADINTER Elisabeth, *Paroles d'hommes (1790-1793)*, op. cit., p. 5 : « La meilleure éducation des femmes est celle du cœur, et que le cœur d'une mère comme on l'a dit, est le chef-d'œuvre de la nature ; il faut des gymnases pour les hommes destinés aux emplois civils et militaires. Il faut des écoles pour former les juges, des ateliers pour faire les artistes ; mais les soins du ménage, les devoirs domestiques, ne s'enseignent pas ; une fille ne doit pas prendre d'autres leçons que l'exemple de sa mère ».

⁵⁰⁴ Archives parlementaires, tome 30, séance du 10 septembre 1791, p. 499.

⁵⁰⁵ Archives parlementaires, tome 30, séance du 10 septembre 1791, p. 519 : « La vie intérieure est la véritable destination des femmes ; il est donc convenable de les élever dans les habitudes qui doivent faire leur bonheur et leur gloire ».

⁵⁰⁶ Archives parlementaires, tome 68, séance du samedi 13 juillet 1793, p. 664 : « Je propose que pour les filles, le terme de l'instruction publique soit fixé à 11 ans ; leur développement est plus précoce et d'ailleurs, elles peuvent commencer plus tôt l'apprentissage des métiers auxquels elles sont propres, parce que ces métiers exigent moins de force ».

⁵⁰⁷ La loi Falloux du 15 mars 1850 consacre un chapitre V aux écoles de filles et énonce à l'article 48 que : « L'enseignement primaire dans les écoles de filles comprend, outre les matières de l'enseignement primaire énoncées dans l'article 23, les travaux à l'aiguille ». Cette instruction différenciée est reprise par la loi Duruy du 10 avril 1867, qui prévoit les travaux à l'aiguille dans les écoles de filles, mais également dans les écoles mixtes, mais alors de façon spécifique aux filles. La loi Camille Sée du 21 décembre 1880 sur l'enseignement secondaire des jeunes filles crée les collèges et lycées spécifiques aux femmes, notamment afin d'empêcher l'emprise cléricale sur les femmes, dont l'éducation très élémentaire est alors prise en charge par les congrégations religieuses, peu nombreuses (voir ROGERS Rebecca, THÉBAUD Françoise, *La fabrique des filles. L'éducation des filles de Jules Ferry à la pilule*, Paris, Textuel, 2014, p. 19).

⁵⁰⁸ SÉE Camille, *Préface des documents, rapports et discours à la Chambre des députés et au Sénat relatifs à la loi sur l'enseignement secondaire des jeunes filles*, Paris, Léopold Cerf, 3^e édition, octobre 1887, p. XXIX.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. XXIX.

également⁵¹⁰. Car comme l'énonce Camille Sée : « Il ne s'agit pas de préparer les jeunes filles à être savantes. Leur mission dans le monde n'est pas de faire faire de nouveaux progrès aux mathématiques et à la chimie. Ce n'est pas pour les exceptions que les lycées et les collèges de jeunes filles ont été fondés ; ils ont été fondés pour faire de bonnes épouses et de bonnes mères, de bonnes maîtresses de maison, sachant à la fois plaire à leur mari, instruire leurs enfants, gouverner leur maison avec économie et répandre autour d'elles les bons sentiments et le bien-être »⁵¹¹. Par conséquent, « l'éducation est différente, sexuée et réitère le partage des savoirs entre les hommes et les femmes »⁵¹², mais aussi le partage entre les rôles sociaux.

155. La construction de la distinction entre sphère publique et sphère privée par le droit révolutionnaire et postrévolutionnaire conduit à rattacher les femmes, définies par leur rôle social de mère et d'épouse, à la sphère domestique inégalitaire, et par là même à les exclure de la sphère publique soumise au principe d'égalité. Si l'exigence d'égalité a permis au moment de la Révolution une égalité des droits civils à tous les nationaux français, hommes et femmes, cette conception de l'égalité civile s'est heurtée au modèle familial dominant, « naturellement » hiérarchisé, incompatible avec un avènement des femmes comme individus. Les femmes sont ainsi considérées, surtout à partir de la fin de la Révolution, comme étant davantage liées à la famille qu'à la nation. À titre d'exemple, la loi du 20 octobre 1800 (28 vendémiaire an IX) proclame l'amnistie des femmes qui ont, pendant la guerre, quitté la France sous l'autorité de leur époux ou de leur propre volonté⁵¹³, alors même que la Révolution condamnait de tels comportements. Cette loi témoigne de la faveur accordée par le législateur aux femmes subordonnées aux décisions de leur époux plutôt qu'à la nation. Elle procède ainsi à un « abandon progressif du lien entre les femmes et la nation »⁵¹⁴ et accentue la distance entre les femmes et la sphère publique. N'étant pas considérées comme des individus autonomes et responsables, mais avant tout comme des membres de la famille subordonnés, les femmes se voient par conséquent exclues de la communauté des semblables, des citoyens, jouissant de l'égalité politique.

⁵¹⁰ Article 4 de la loi du 21 décembre 1880 : L'enseignement des filles comprend : « L'enseignement moral ; la langue française ; la lecture à haute voix et au moins une langue vivante ; les littératures anciennes et modernes ; la géographie et la cosmographie ; l'histoire nationale et un aperçu de l'histoire générale ; l'arithmétique et les éléments de la géométrie, de la chimie, de la physique et de l'histoire naturelle ; l'hygiène, l'économie domestique ; les travaux à l'aiguille ».

⁵¹¹ SÉE Camille, *Préface des documents, rapports et discours à la Chambre des députés et au Sénat relatifs à la loi sur l'enseignement secondaire des jeunes filles*, *op. cit.*, p. XXXI.

⁵¹² DORLIN Elsa, *L'évidence de l'égalité des sexes. Une philosophie oubliée du XVII^e siècle*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 51.

⁵¹³ Article 1-5 de l'arrêté relatif aux individus inscrits sur la liste des émigrés, *Bulletin des lois de la République française*, n° 359, p. 35.

⁵¹⁴ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, *op. cit.*, p. 57.

156. Deux tendances sont dès lors perceptibles dans le droit révolutionnaire et postrévolutionnaire, quant à la sphère d'action du principe d'égalité. D'une part, au début de la Révolution, l'égalité est appréhendée comme l'égalité des droits civils et non comme une égalité des droits politiques, et s'applique dès lors à la sphère familiale, certes de façon limitée. L'égalité civile sert alors d'« alibi » à l'inégalité politique⁵¹⁵. Et d'autre part, dès 1794 et plus encore sous l'empire du droit napoléonien, l'égalité civile tend à ne plus s'appliquer à la sphère familiale hiérarchisée, et c'est alors cette inégalité entre hommes et femmes qui sert de justification pour l'exclusion des femmes de l'égalité des droits politiques proclamée en 1848.

II. L'exclusion des femmes de la sphère publique légitimée par leur rôle dans la sphère privée

157. Ni la Révolution de 1789 ni celle de 1848 n'ont inclus les femmes au sein de la communauté des citoyens – des citoyens actifs en 1789 – gouvernée par le principe d'égalité. Les femmes sont en effet assimilées à la sphère familiale, privée, et, même lorsqu'elles ne sont pas mariées, elles ne sont pas considérées comme des individus autonomes. Leur participation à la vie politique paraît dès lors incompatible avec leur statut inégalitaire au sein de la famille. En construisant la femme comme l'« autre », le droit les exclut de la communauté des semblables, souvent sans qu'il soit besoin de préciser leur exclusion dans les textes juridiques tant elle paraît évidente.

158. L'exclusion des femmes de la sphère publique révèle ainsi le fonctionnement même du principe d'égalité qui, en permettant de traiter différemment des personnes qui ne sont pas considérées comme placées dans des situations similaires, conduit à légitimer des inégalités. En ce sens, les théoriciens du contrat social du XVIII^e siècle, ainsi que les législateurs de la Révolution et du XIX^e siècle, considèrent les femmes comme différentes des hommes par leur rôle dans la famille, les excluant du contrat social formé d'individus-citoyens, bien que ce rôle dans la famille ait parfois permis aux femmes de participer indirectement au suffrage (A). La différence des sexes a été construite comme naturelle et évidente, si bien que peu de textes juridiques ne mentionnent l'exclusion des femmes des droits rattachés à la sphère publique (B).

A. Les femmes pensées comme membres dépendants de la famille

159. En construisant une distinction entre sphère privée et sphère publique, les discours philosophiques et politiques justifient l'exclusion des femmes de la jouissance des droits

⁵¹⁵ SLEDZIEWSKI Elisabeth, « La femme dans la législation révolutionnaire », *op. cit.*, 411.

politiques, leur état de dépendance dans la sphère privée étant incompatible avec l'autonomie du citoyen. Cela ne signifie toutefois pas que les femmes, en tant que membres de la famille, soient complètement exclues du processus électoral.

160. **L'absence d'autonomie des femmes justifiant leur exclusion des droits politiques.** Les théoriciens du contrat social, qui ont influencé et permis, par une fiction politique, de légitimer l'avènement du constitutionnalisme et des droits de l'homme, notamment au moment de la Révolution française, ont défini les attributs permettant aux individus de conclure un accord conduisant à leur soumission aux normes instaurées par la majorité. La liberté et l'égalité, inhérentes à chaque individu, seraient ainsi des conditions nécessaires pour garantir un accord libre et de là, la légitimité des pouvoirs étatiques. Toutefois, Carole Pateman montre que les femmes ne sont pas considérées par les théoriciens du contrat comme des êtres naturellement libres, puisqu'elles sont, selon ces auteurs, hormis Hobbes, assujetties aux hommes dans la sphère familiale⁵¹⁶. Les femmes étant dépourvues des attributs propres aux individus, elles ne participent pas au contrat originel. Elles sont plutôt les objets, selon Pateman, d'un « contrat sexuel » antérieur, « par lequel les hommes échangent leur droit naturel sur les femmes contre la sécurité du droit patriarcal civil »⁵¹⁷. Les femmes étant assujetties aux hommes par le contrat sexuel, elles ne peuvent prendre part au contrat social entre les individus masculins libres de contracter. La société « civile » – au sens large et non au sens de société « publique » – qui remplace la société naturelle dans les théories du contrat, comprend dès lors deux sphères opposées, la sphère privée, correspondant à la vie privée et familiale, et la sphère publique, renvoyant au corps politique et à l'État⁵¹⁸. Partant, les femmes ne demeurent pas dans l'état de nature, mais intègrent la société civile en étant rattachées à la sphère privée inégalitaire⁵¹⁹. Les deux sphères sont certes opposées, mais la liberté et l'égalité qui règnent dans la sphère publique dépendent, selon Pateman, de l'inégalité qui gouverne la sphère privée : « Être un individu, capable de conclure des contrats et civilement libre, ne prend tout son sens qu'en comparaison avec l'assujettissement des femmes au sein de la sphère privée »⁵²⁰.

⁵¹⁶ PATEMAN Carole, *Le contrat sexuel*, Paris, Éditions La Découverte/IEC, 2010, p. 27.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 27.

⁵¹⁸ PERROT Michelle, « Public, privé et rapports de sexes », in CURAPP, *Public/privé*, Paris, PUF, 1995, p. 68 : « La distinction du public et du privé est à la fois une forme de gouvernementalité et de rationalisation de la société du XIX^e siècle. En gros, les "sphères" sont pensées comme des équivalents des sexes et jamais la division sexuelle des rôles, des tâches et des espaces n'a été poussée aussi loin. Aux hommes le public dont la politique est le centre. Aux femmes, le privé, dont le domestique et la maison forment le cœur ».

⁵¹⁹ PATEMAN Carole, *Le contrat sexuel*, *op. cit.*, p. 33.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 33.

161. L'exclusion historique des femmes de la citoyenneté politique peut donc être expliquée par la construction théorique de la division entre la sphère publique et la sphère privée, reprise par les normes juridiques⁵²¹. Si la pensée libérale conduit à distinguer la sphère familiale de la sphère publique, seule cette dernière étant gouvernée par le principe d'égalité, il aurait fallu que les femmes soient appréhendées comme faisant partie de la sphère publique pour que leur soit appliquée l'égalité des droits politiques. En effet, la qualité de citoyen – de citoyen actif en 1789⁵²² – et l'exercice des droits politiques requièrent une exigence d'autonomie et d'individualité. Comme l'affirme Pierre Rosanvallon : « Au moment de la Révolution française, la femme s'était vue en conséquence dénier le droit de suffrage car elle n'était pas au fond considérée comme un véritable individu. Elle restait appréhendée comme un simple élément du corps familial, alors que l'homme était, individu en même temps que tête du corps »⁵²³. Ce sont donc les inégalités de genre existant dans la famille et perpétrées par le droit, en particulier à partir de la fin de la Révolution, qui justifient les inégalités au sein de la sphère politique. Les femmes ne sont pas considérées comme indépendantes, en ce qu'elles sont représentées comme dépendantes de leur père, de leur mari ou de leur confesseur⁵²⁴. La construction de la différence entre les hommes et les femmes, du genre, et des préjugés qui y sont rattachés fonctionne donc « négativement », la considération politique du groupe social spécifique des « femmes » empêchant leur intégration dans la sphère des citoyens.

162. Cependant, l'incapacité des femmes à exercer des droits politiques ne peut pas uniquement être expliquée par leur subordination effective dans la sphère familiale, car les femmes majeures et célibataires sont également exclues de la citoyenneté active, notamment dans le système censitaire, alors même que la capacité à contracter leur est reconnue sur le plan civil et qu'elles peuvent être propriétaires⁵²⁵. Ce phénomène montre néanmoins les difficultés de penser les femmes hors de la famille et combien les femmes sont assimilées à des subordonnées ; cela

⁵²¹ BOUGLÉ-MOALIC Anne-Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944, op. cit.*, p. 11 : « Les rapports de genre sont codifiés de manière très rigoureuse. Ils forment le moule de ce qui a été nommé la théorie des sphères. Celle-ci répond à une appréhension binaire du monde entre le masculin et le féminin. Selon le sexe, les individus doivent adopter un comportement et des activités différents sans quoi ils enfreignent l'ordre social. De manière schématique, le foyer est féminin quand le monde extérieur et les activités économiques et politiques sont masculins. À chaque sexe correspond une sphère mentale et matérielle qui le définit comme homme ou femme ».

⁵²² Il convient de préciser qu'en 1789 et en 1791, l'exclusion des femmes de la citoyenneté ne concerne que la citoyenneté « active » et non « passive ». Les femmes sont donc citoyennes et détiennent des droits politiques en tant que membres de la nation, mais elles ne peuvent exercer ces droits politiques. Elles sont donc exclues de l'exercice des droits politiques, ce qui revient en 1793, en 1795 et en 1848 à les exclure de la citoyenneté.

⁵²³ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen, op. cit.*, p. 363.

⁵²⁴ BOUGLÉ-MOALIC Anne-Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944, op. cit.*, p. 31.

⁵²⁵ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848, op. cit.*, p. 30. L'indépendance n'est pas le seul critère d'attribution de la citoyenneté, « puisque même chef de famille, même payant des impôts, mêmes veuves, les femmes ne peuvent pas voter » et p. 43 : « L'indépendance signifiée par la propriété, pas plus que la seule masculinité, ne suffit à déterminer l'accès à la citoyenneté électorale ».

renforce en réalité l'idée que leur exclusion politique constitue bien une inégalité de genre, fondé sur leurs qualités et leurs rôles naturels présumés, et non sur leurs fonctions réelles au sein de la société.

163. Certains discours politiques confortent du reste cette dimension genrée de l'exclusion. Ainsi Sieyès, durant les débats des 20 et 21 juillet 1789, évoque l'exclusion des femmes de la « véritable association » politique et des droits rattachés à la citoyenneté active, en précisant que cette exclusion ne vaut « que en l'état actuel »⁵²⁶. Cette précision semble signifier que l'exclusion des femmes des droits politiques est liée à leur subordination actuelle au sein de la famille. Les hommes politiques et les philosophes du XIX^e siècle ont davantage recours à la différence biologique entre les hommes et les femmes pour justifier l'incapacité des femmes et de là, leur exclusion du suffrage universel. Selon Cormenin par exemple, auteur du décret de 1848 instaurant le suffrage universel, les femmes sont victimes d'une incapacité naturelle qui les condamne à l'« ilotisme »⁵²⁷. Des auteurs, comme Claude Tillier, insistent également sur la spécificité féminine et sur sa fragilité pour les exclure de la vie politique⁵²⁸. Le critère de la capacité resurgit dès lors pour exclure les femmes du suffrage, alors même qu'il tend à s'effacer pour les hommes avec la conception universelle du suffrage. La capacité est en effet rattachée, chez les penseurs du XIX^e siècle, aux fonctions exercées naturellement par les hommes et chefs de famille, et notamment au travail. Le travail des femmes, ainsi que leur salaire, sont en revanche considérés comme subsidiaires et complémentaires à celui des hommes. Dès lors, « le citoyen est l'homme viril au sens où tout homme continue à être pensé, économiquement et socialement, comme chef de famille »⁵²⁹.

164. Les arguments utilisés dans ces discours se trouvent par ailleurs sous forme de sophismes naturalistes – qui tendent à déduire ce qui doit être de ce qui est – tentant de démontrer que les caractéristiques physiques, intellectuelles et morales de « la femme » justifient leur exclusion de la sphère publique. Par exemple, Alfred Fouillée, dans *Tempéraments et caractère selon les individus, les sexes et les races*, de 1895, dresse une série de caractéristiques physiques et morales qui opposent hommes et femmes, pour en déduire une inaptitude des femmes à gérer un État, cette fonction

⁵²⁶ Archives parlementaires, tome 8, séance du mardi 21 juillet 1789, p. 259.

⁵²⁷ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, op. cit., p. 119.

⁵²⁸ TILLIER Claude, *Lettres au système sur la réforme électorale*, in *Pamphlets (1840-1844)*, Paris et Nevers, Édition critique par Marius Gerin, 1906, p. 99 : « Pourquoi nous n'admettrions pas les femmes dans les collèges électoraux. La raison en est simple, c'est qu'il n'y a plus d'Amazones, c'est que les femmes sont des enfants qu'il faut éloigner pêle-mêle de nos assemblées en termes les plus graves, c'est que les femmes ne sont pas faites comme nous, qu'elles ont des goûts, des instincts, des passions et des capacités différentes des nôtres [...] Qui n'a jamais vu une idée politique se loger sous un bonnet de gaze ? [...] Croyez-moi, la bouche des femmes est faite pour sourire et non pour discuter ; un argument leur ferait faire la grimace [...] Les femmes sont des fleurs qui ont besoin, pour s'épanouir, du jour amorti des salons et de la douce chaleur du foyer : un orage politique les effeuillerait ».

⁵²⁹ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, op. cit., p. 143.

nécessitant des qualités intellectuelles de clarté et de rigueur, de conceptualisation, dont sont dénuées les femmes⁵³⁰. Les qualités intellectuelles de « l'homme », l'abstraction et la réflexion, le destinent par conséquent à la vie politique et à la confection des lois, tandis que les qualités de « la femme », la douceur, la patience, l'intuition, la morale, la prédisposent plutôt aux fonctions domestiques. Proudhon, qui s'oppose à la candidature d'une femme, Jeanne Deroin, en 1849, entend placer l'homme au centre de la famille et de la société, la fonction des femmes étant d'être soit « ménagère », soit « courtisane », ce qui exclut l'idée que les femmes puissent exister publiquement autrement que pour satisfaire aux besoins sexuels des hommes⁵³¹. Ces exemples de discours montrent comment la spécificité féminine est utilisée pour dénier aux femmes les qualités d'indépendance et d'autonomie qui définissent les individus-citoyens placés dans des situations semblables.

165. Il s'agit dès lors de comprendre que l'exclusion des femmes de l'accès aux droits politiques est inhérente au processus démocratique et au principe d'égalité, qui vise l'intégration des individus-citoyens. Comme l'explique Geneviève Fraisse, l'exclusion des femmes, non forcément définitive, n'est pas « un retard » de la démocratie qui serait corrigée par l'inclusion contemporaine des femmes dans la vie politique⁵³². La démocratie mise en place en 1848 ne serait pas, autrement dit, une démocratie inachevée qui laisserait pour compte certains groupes de la reconnaissance des droits politiques. L'universalité du suffrage proclamée en 1848 est, en ce sens, « circonscrite à l'intérieur de la communauté de tous les hommes majeurs de nationalité française, domestiques et indigents compris »⁵³³. L'exclusion fait bien partie intégrante de la démocratie, puisqu'elle permet de constituer, par une dynamique d'inclusion et d'exclusion, la sphère des citoyens considérés comme semblables : la définition des différences et notamment du genre permet dans le même mouvement de circonscrire l'espace démocratique. Le principe d'égalité, en excluant les femmes, n'a donc pas failli à son objectif, mais s'applique simplement à une communauté de citoyens masculins, le critère du sexe n'étant alors pas considéré comme illégitime. L'égalité peut de ce point de vue être définie comme une frontière qui aboutit à mettre à distance, par le traitement juridique différent, ceux qui sont considérés comme placés dans des

⁵³⁰ FOUILLÉE Alfred, *Tempéraments et caractère selon les individus, les sexes et les races*, Paris, Alcan, 1895, 6^e édition 1920, p. 242 : « La femme eût-elle la puissance d'effort cérébral nécessaire à ces conquêtes, il y a une retenue, une modestie, une timidité naturelle qui l'arrêtent : elle sent que ce n'est pas son rôle ».

⁵³¹ PROUDHON Pierre-Joseph, *Justice et liberté*, (textes choisis par Jacques Muglioni), Paris, PUF, 1^{ère} édition 1962, p. 240 : « Devant la société et dans la pratique extérieure, dans tout ce qui concerne les travaux et la direction de la vie, l'administration et la défense de la République, cette égalité n'existe pas et ne peut pas exister. Pour mieux dire, la femme ne compte plus, elle est absorbée par son mari [...]. La société, en refusant à la femme l'isonomie, ne lui fait aucun tort ; elle la traite selon ses aptitudes et prérogatives. Dans l'ordre politique et économique, la femme n'a véritablement rien à faire ».

⁵³² FRAISSE Geneviève, « La démocratie exclusive, un paradigme français », *Pouvoirs*, n° 82, 1997, p. 5-16.

⁵³³ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, *op. cit.*, p. 116.

situations différentes et notamment les femmes. La différence de genre a été construite comme naturelle et évidente, si bien que l'exclusion des femmes n'est presque pas mentionnée par les textes juridiques. Ainsi, la démocratie n'énonce pas l'exclusion, « elle la fabrique, elle la produit de telle façon qu'elle se fasse sans dire »⁵³⁴. Et si la non-participation des femmes à la vie politique paraît si évidente, c'est qu'elle n'est précisément pas considérée, selon certains commentateurs, comme une exclusion, du moins jusqu'en 1848. Les femmes sont certes exclues du droit de vote en tant que membres de la famille, mais participent néanmoins au processus électoral, là encore, en tant que membre de la famille.

166. **L'exclusion des membres de la famille du vote mais leur inclusion dans le processus électoral.** Selon Anne Verjus, il est inexact d'analyser la non-extension du droit de vote aux femmes sous la Révolution comme une « volonté délibérée d'inférioriser les femmes »⁵³⁵ et comme résultant des seuls préjugés sexistes de l'époque. En effet, ce ne sont pas uniquement les femmes qui sont exclues des droits politiques, mais l'ensemble des personnes rattachées au foyer, c'est-à-dire, les femmes, mais aussi les mineurs et les domestiques. Il ne s'agit donc pas, pour cette auteure, de considérer l'exclusion des femmes comme consécutive d'une pensée sexiste, dans le sens où le sexe n'est pas le seul critère qui permet de distinguer ceux qui peuvent exercer le suffrage et ceux qui ne le peuvent pas. C'est pourquoi l'exclusion des membres de la famille du droit de vote s'avère davantage être un familialisme qu'un sexisme, selon l'auteure⁵³⁶. En revanche, si l'exclusion des femmes des droits politiques ne constitue pas une inégalité uniquement fondée sur le sexe, le critère du sexe n'étant pas le seul à définir la distinction entre les inclus et les exclus de la communauté des citoyens, elle relève bien d'une inégalité de genre, l'exclusion étant fondée sur le rôle social que jouent les femmes et les autres individus au sein de la famille, en particulier la prise en charge des tâches domestiques.

167. Néanmoins, selon Anne Verjus, comprendre la non-extension du droit de vote aux femmes, lors de la Révolution, en termes d'exclusion constituerait un anachronisme, au sens où le vote n'est pas encore appréhendé comme un droit individuel à ce moment, et ce jusqu'en 1848, date de l'inclusion domestique dans la communauté des citoyens exerçant leurs droits politiques. En effet, selon une conception familialiste et non individualiste du suffrage, les femmes, comme tous les membres de la famille, feraient partie de la nation et ne situeraient dès lors pas en dehors de la sphère politique. On retrouve cette idée jusqu'en 1922 dans les débats parlementaires, où la

⁵³⁴ FRAISSE Geneviève, « La démocratie exclusive, un paradigme français », *op. cit.*, p. 6.

⁵³⁵ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, *op. cit.*, p. 6.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 7.

nation est considérée par certains parlementaires comme «une agrégation de famille»⁵³⁷, davantage que comme une agrégation d'individus. L'argument du vote familial sert ici à s'opposer au droit de vote des femmes, ces dernières participant déjà à la vie politique à travers le vote de leur époux. Ainsi, le suffrage masculin ne ferait que représenter l'instance de décision politique que constituerait la famille comme unité⁵³⁸. En témoignent les différentes lois électorales qui, à partir de l'an X, prennent en compte cette unité familiale en calculant le cens à partir des contributions de l'électeur – le chef de famille –, mais aussi à partir des contributions de sa famille⁵³⁹. Ainsi, par leurs contributions, les membres de la famille «n'appartiennent pas à la classe politique des exclus»⁵⁴⁰. Par conséquent, selon Anne Verjus, si la non-inclusion des femmes dans le corps électoral relève de l'évidence dans les textes juridiques, c'est justement parce qu'elle n'est pas appréhendée comme une exclusion, puisque la femme participe en tant que membre de la famille au processus électoral, du moins jusqu'en 1848.

168. Cette thèse mérite toutefois d'être nuancée, car pendant la Révolution, les lois électorales ne prévoient pas que les contributions des épouses puissent servir à calculer le cens, ce qui relativise l'idée d'une conception familialiste du suffrage. De même, si la citoyenne est exaltée en tant que mère au nom de sa contribution à l'élevage des futurs citoyens⁵⁴¹ et comme épouse par son influence sur son époux⁵⁴², certains discours l'excluent tout de même explicitement des droits politiques, et ce dès la Révolution. La référence au rôle social des femmes, celui d'épouse et de mère, constitue par conséquent davantage un moyen de justifier leur exclusion de la sphère publique que d'admettre leur intégration au sein de la communauté des citoyens.

B. L'évidence de l'exclusion des femmes dans les textes juridiques

169. L'évidence de l'exclusion des femmes des droits politiques peut signifier, d'une part, que cette exclusion va tellement de soi pour les législateurs qu'il n'est pas nécessaire de la mentionner,

⁵³⁷ Séance du 21 novembre 1922 au Sénat, *JOFR*, p. 1375.

⁵³⁸ BOUGLÉ-MOALIC Anne-Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, *op. cit.*, p. 27.

⁵³⁹ Par exemple, l'arrêté du 19 fructidor an X dispose que sont comprises dans le calcul du cens électoral payée par le citoyen, les contributions de toute nature payées par la femme, par les enfants mineurs, ou par la veuve pour son fils majeur (Arrêté du 19 fructidor an X contenant Règlement pour l'exécution du Sénatus-consulte du 16 thermidor relativement aux Assemblées de canton, aux Collèges électoraux, *Bulletin des lois de la République*, n° 213, p. 693).

⁵⁴⁰ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, *op. cit.*, p. 85.

⁵⁴¹ Voir l'intervention du député Amar à la Convention, Archives parlementaires, 1^{ère} série, tome 78, 9 brumaire an II, p. 50 : « Quel est le caractère propre à la femme ? Les mœurs et la nature même lui ont assigné ses fonctions : commencer l'éducation des hommes, préparer l'esprit et le cœur des enfants aux Vertus publiques, les diriger de bonne heure vers le bien, élever leur âme et les instruire dans le culte politique de la liberté ; telles sont leurs fonctions après les soins du ménage, la femme est naturellement destinée à faire aimer la vertu. Quand elles auront rempli tous ces devoirs, elles auront bien mérité de la patrie ».

⁵⁴² *Ibid.*, p. 50 : « Elles ont plus d'un autre moyen de rendre des services à la patrie ; elles peuvent éclairer leurs époux, leur communiquer des réflexions précieuses, fruit du calme d'une vie sédentaire, employer à fortifier en eux l'amour de la patrie par tout ce que l'amour privé leur donne d'empire ; et l'homme, éclairé par des discussions familières et paisibles au milieu de son ménage, rapportera dans la société les idées utiles que lui aura données une femme honnête ».

et d'autre part, que cette exclusion est évidente, au sens cette fois d'« explicite », dans les textes juridiques. Ces deux aspects opposés de la notion d'« évidence » sont présents dans la législation révolutionnaire et républicaine relative à la sphère publique : l'analyse de celle-ci donne ainsi à voir comment le droit rend visible l'implicite.

170. Une exclusion équivoque dans les textes juridiques définissant la citoyenneté⁵⁴³.

La question de l'exercice des droits politiques par les femmes est peu abordée, tant dans les textes juridiques qui déterminent les conditions pour être électeurs et éligibles, que dans les débats parlementaires relatifs à ces textes. Les débats de 1789 concernent par exemple davantage le critère économique pour la distinction entre citoyen actif et citoyen passif, que celui du sexe⁵⁴⁴. Ainsi, ni le décret du 22 décembre 1789 sur la formation des assemblées primaires ni la Constitution du 3 septembre 1791 ne font mention du critère du sexe dans l'énumération des qualités pour être citoyen actif⁵⁴⁵. En revanche, la Constitution du 24 juin 1793, reprenant le décret du 11 août 1792 élargissant le droit de suffrage et d'éligibilité, dispose à l'article 4 que : « Tout homme né et domicilié en France, âgé de vingt et un ans accomplis [...] est admis à l'exercice des droits de citoyen français ». Le mot « homme » qui n'est pas neutre du point de vue du genre, semble ici désigner la qualité sexuée du citoyen, et exclut par ce terme les femmes de la citoyenneté⁵⁴⁶. Cette idée est confortée par une partie de la disposition qui précise que tout étranger peut devenir citoyen s'il « épouse une Française ». Puisque seuls des hommes peuvent épouser des Françaises, ils sont donc aussi les seuls à être admis en tant que citoyens. Le fait que le terme « Française », qui est sexué, apparaisse à l'article 4 au lieu du mot « Français » qui peut parfois être neutre et inclure les deux sexes, permet de déduire que le terme « homme » utilisé dans la même disposition est également sexué. De plus, la situation inverse, une étrangère qui épouserait un Français pour devenir citoyenne, n'est en aucun cas prévue par le constituant. En outre, la Constitution du 5 fructidor an III et celle du 22 frimaire an VIII réitérent l'utilisation du

⁵⁴³ Il s'agit de s'intéresser à la citoyenneté dans son sens strict, c'est-à-dire comme la capacité à jouir des droits politiques, le droit de vote et d'éligibilité.

⁵⁴⁴ CAPORAL Stéphane, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, op. cit., p. 59 : « Très vite, on a attribué au terme passif ou non-actif, une signification essentiellement économique, le citoyen passif devenant celui qui ne pouvait pas payer ».

⁵⁴⁵ Article 2 de la section II du chapitre I du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 : « Pour être citoyen actif, il faut : être né ou devenu Français ; être âgé de vingt-cinq ans accomplis ; être domicilié dans la ville ou dans le canton depuis le temps déterminé par la loi ; payer, dans un lieu quelconque du Royaume, une contribution directe au moins égale à la valeur de trois journées de travail, et en représenter la quittance ; n'être pas dans un état de domesticité, c'est-à-dire de serviteur à gages ; être inscrit dans la municipalité de son domicile au rôle des gardes nationales ; avoir prêté le serment civique ».

⁵⁴⁶ KOUBI Geneviève, « À propos du genre féminin des mots-symboles dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 avril 1989*, op. cit., p. 418 : « Lorsqu'un mot masculin et au surplus sexué, ne dispose pour sa transposition au féminin, que d'un mot "autre", différent, voire opposé, ou plus justement asymétrique et lorsqu'il ne permet aucun déplacement dérivé (des terminaisons qui font du féminin une forme dérivée du masculin, ce qui serait le cas de "citoyen/ne", s'il n'y avait eu collusion avec le mot "homme") comment pourrait-il prétendre détenir une valeur neutre ? ».

mot « homme » pour définir les individus aptes à devenir citoyens⁵⁴⁷. L'article 4 de la Déclaration des devoirs du citoyen situé dans le Préambule de la Constitution de l'an III énonce quant à lui que : « Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux », et exclut ainsi l'idée que les femmes puissent être citoyennes et remplir leurs devoirs moraux associés à cette qualité.

171. En revanche, le décret du 5 mars 1848 qui établit le suffrage dit « universel » ne mentionne pas le mot « homme » pour désigner les citoyens pouvant être électeurs et éligibles, mais utilise le terme de « Français », moins sexué et pouvant être compris comme s'appliquant également aux femmes. Il n'y a donc ni une exclusion ni une inclusion claire des femmes aux droits politiques en 1848. Néanmoins, lors de la séance du 13 juin 1848, les constituants ajoutent à l'article 25 de la Constitution du 4 novembre 1848 que sont électeurs les Français de vingt et un ans « jouissant de leurs droits civils et politiques ». Or, cette précision a pour effet d'exclure les femmes qui ne jouissent pas de l'intégralité de leurs droits civils, en particulier les femmes mariées⁵⁴⁸. L'ambiguïté de la proclamation du suffrage universel en 1848 quant à l'accession des femmes à la citoyenneté est du reste mise en doute le 22 mars 1848, alors qu'une délégation du Comité des droits de la femme est reçue par le maire de Paris et membre du gouvernement provisoire, Armand Marrast, afin de « demander si les femmes sont comprises dans cette grande généralité aussi bien qu'elles le sont dans le droit concernant les travailleurs »⁵⁴⁹. Mais le maire de Paris élude la question en renvoyant la question à la future Assemblée constituante, qui ne se prononce pas explicitement sur le droit de vote et d'éligibilité des femmes.

172. Par conséquent, le silence des textes quant à l'exclusion des femmes ne signifie pas leur inclusion dans une communauté des citoyens asexués, mais est au contraire constitutif d'une définition implicitement sexuée du citoyen pouvant exercer ses droits politiques, celui-ci étant forcément un homme. L'exclusion des femmes est aussi évidente pour les législateurs que celle des mineurs. Selon Pierre Rosanvallon, « elle résulte en effet à la fois du poids des préjugés de l'époque sur la nature de la femme et de la perception de la frontière entre l'espace privé et l'espace public, l'ordre des rapports naturels et l'ordre des rapports sociaux »⁵⁵⁰. Pour Geneviève Fraisse cependant, le poids des préjugés n'est pas une raison suffisante pour expliquer l'exclusion des femmes de la citoyenneté. Cette exclusion résulte d'une décision, d'une dynamique de l'égalité

⁵⁴⁷ Article 8 du titre II de la Constitution du 5 fructidor an III ; article 2 du titre I de la Constitution du 22 frimaire an VIII. La Constitution de l'an III rappelle aussi la condition pour un étranger d'avoir épousé une « femme française » (Article 10 du titre II).

⁵⁴⁸ BOUGLÉ-MOALIC Anne-Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, op. cit., p. 41.

⁵⁴⁹ GARRIGOU Alain, *Histoire sociale du suffrage universel en France (1848-2000)*, op. cit., 266.

⁵⁵⁰ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, op. cit., p. 169.

et de la démocratie, le silence des textes étant constitutif d'un choix politique⁵⁵¹. Certains parlementaires, certains textes juridiques et décisions de justice affirment par ailleurs explicitement l'exclusion des femmes de la sphère publique, comprenant la participation au pouvoir politique, mais aussi plus généralement l'accès aux fonctions publiques.

173. **Une exclusion de la sphère publique néanmoins explicite.** Malgré l'ambiguïté des textes juridiques révolutionnaires et postrévolutionnaires, certains parlementaires, en plus de Sieyès⁵⁵², manifestent expressément l'idée que les femmes ne font pas partie du corps électoral⁵⁵³. À la question de savoir si les femmes doivent exercer les droits politiques et s'immiscer dans les affaires du gouvernement, le député Amar répond par exemple en 1793 que : « Gouverner, c'est régir la chose publique par des lois dont la confection exige des connaissances étendues, une application et un dévouement sans bornes, une impassibilité sévère et l'abnégation de soi-même ; gouverner c'est encore diriger et rectifier sans cesse l'action des autorités constituées. Les femmes sont-elles susceptibles de ces soins et des qualités qu'ils exigent ? On peut répondre en général que non [...] Les droits politiques du citoyen sont de discuter et de faire prendre des résolutions relatives à l'intérêt de l'État par des délibérations comparées, et de résister à l'oppression. Les femmes ont-elles la force morale et physique qu'exige l'exercice de l'un et de l'autre de ces droits ? L'opinion Universelle repousse cette idée »⁵⁵⁴.

174. Par ailleurs, quelques textes juridiques prévoient l'exclusion des femmes du pouvoir politique, et plus largement de la sphère publique comprenant l'accès à la fonction publique. S'agissant de l'exclusion des pouvoirs politiques, la Constitution du 3 septembre 1791 confirme la

⁵⁵¹ FRAISSE Geneviève, « La démocratie exclusive, un paradigme français », *op. cit.*

⁵⁵² SIEYÈS Joseph Emmanuel, *Observations sur le rapport du comité de Constitution, concernant la nouvelle organisation de la France*, Versailles, 2 octobre 1789, p. 19 : « Dans l'état présent des mœurs, des opinions et des institutions humaines, on voit des femmes appelées à porter la couronne, et par une contradiction bizarre, on ne permettrait nulle part de les compter comme citoyens actifs, comme si la saine politique ne devrait pas toujours tendre à accroître de plus en plus le nombre proportionnel des vrais citoyens ou comme s'il était impossible à une femme d'être jamais d'aucune utilité à la chose publique. D'après un préjugé qui ne se permet pas même le doute à cet égard, nous sommes donc forcés de retrancher au moins la moitié de la population totale ».

⁵⁵³ C'est le cas de Lanjuinais, député à la Convention nationale en 1793, qui définit les citoyens comme les membres du souverain en excluant de cette qualité « les enfants, les insensés, les mineurs, les femmes, les condamnés à une peine afflictive et infamante » et en ajoutant « que le physique des femmes, leur distinction, leur emploi, les éloignent de l'exercice d'un grand nombre de droits et de devoirs politiques et peut-être que nos mœurs actuelles, les vices de notre éducation rendent cet éloignement encore nécessaire au moins pour quelques années [...] ». Si les institutions les plus justes et les meilleures sont plus conformes à la nature, il est difficile de croire que les femmes doivent être appelées à l'exercice de droits politiques » (archives parlementaires, 1^{ère} série, tome 63, 29 avril 1793, p. 564). Voir encore l'intervention de Chaumette, procureur de la Commune, en réaction à la présence de femmes à la Convention : « Depuis quand est-il décent de voir des femmes abandonner les soins pieux de leur ménage, le berceau de leur enfant, pour venir sur la place publique, dans la tribune aux harangues, à la barre du Sénat, dans les files de nos armées, remplir des devoirs que la nature a départis aux hommes seuls ? » (*in Révolutions de Paris*, n° 216, 27 brumaire an II, tome XVII, *in* BADINTER Elisabeth, *Paroles d'hommes (1790-1793)*, *op. cit.*, p. 180).

⁵⁵⁴ Archives parlementaires, 1^{ère} série, tome 78, 9 brumaire an II, p. 50.

loi salique de l’Ancien Régime qui interdit la transmission de la couronne royale aux femmes⁵⁵⁵ et écarte également celles-ci de la régence⁵⁵⁶. La suppression des privilèges de l’Ancien Régime par les révolutionnaires ne va donc pas jusqu’à remettre en cause le privilège royal de masculinité. Outre l’exclusion des fonctions publiques électives, pour lesquelles la qualité de citoyen actif est nécessaire, les femmes sont également exclues d’une partie de la fonction publique⁵⁵⁷, alors même qu’elles sont présentes dans les emplois publics, souvent inférieurs⁵⁵⁸, au moment de la Révolution⁵⁵⁹. Par exemple, il existe une présence des femmes dans l’armée⁵⁶⁰, bien que la Constitution de 1791 prévoit que la force publique soit uniquement composée des citoyens actifs ou de leurs enfants, capables de porter les armes et inscrits au rôle de la garde nationale⁵⁶¹. Mais le droit congédie « des cantonnements et des camps toutes les femmes inutiles au service des armées »⁵⁶². Les femmes ne sont dès lors aucunement considérées comme des soldats, mais sont ramenées à la spécificité de leur sexe, qui en fait des êtres immoraux et séducteurs et donc gênants⁵⁶³. Sur ce point, le décret précise que les seules femmes qui sont admises par exception dans les services de l’armée sont les blanchisseuses, en nombre limité, et les vendeuses de vivres et de boissons⁵⁶⁴. Le renvoi des femmes de l’armée est significatif de la volonté des législateurs de les exclure de la citoyenneté, puisque les fonctions de citoyens et de soldats sont fortement liées

⁵⁵⁵ Article 1 de la section I du chapitre II du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 : « La Royauté est indivisible, et déléguée héréditairement à la race régnante de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, à l’exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance ».

⁵⁵⁶ Article 2 de la section II du chapitre II du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791.

⁵⁵⁷ VERDEAU Simone, *L’accession des femmes aux fonctions publiques*, Thèse pour le Doctorat en droit, Toulouse, 1942, p. 15 : « La doctrine, la jurisprudence et le droit comparé n’ont jamais donné une solution définitive à la question de savoir s’il y a connexité ou séparation entre les droits politiques et certains droits publics [...] » ; p. 93 : « Il en résultait une situation des plus complexes et la situation légale des femmes différait sensiblement à l’intérieur de chaque administration, non seulement en raison des textes et règlements différents, mais aussi par suite des interprétations diverses qui en ont été données ».

⁵⁵⁸ Même lorsque les femmes sont admises à l’exercice d’emplois publics, elles sont traitées de façon inégale par rapport aux hommes. C’est le cas de la loi Lakanal du 27 brumaire an III, qui établit une inégalité salariale en fonction du sexe, en disposant certes que le salaire des instituteurs « sera uniforme sur toute la surface de la République », mais en fixant toutefois ce salaire à douze cents livres pour les instituteurs et à mille livres pour les institutrices, la somme étant augmentée dans les communes de plus de vingt mille habitants (loi du 27 brumaire an III relative aux écoles primaires : de leur institution ou organisation ; du jury d’institution, de l’instruction et du régime, des prix d’encouragement qui seront accordés à la fête de la jeunesse, *Bulletin des lois de la République française*, n° 445, p. 90).

⁵⁵⁹ AZIMI Vida, « L’« exhérédation politique » de la femme par la Révolution », *op. cit.*, p. 210 : « Nous disposons de quelques indices d’une présence féminine dans les échelons inférieurs de la hiérarchie bureaucratique, en particulier parmi les garçons de bureaux ou les concierges et portiers des administrations ».

⁵⁶⁰ GODINEAU Dominique, « De la guerrière à la citoyenne. Porter les armes pendant l’Ancien Régime et la Révolution française », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, n° 20, 2004, URL : <http://clio.revues.org/1418> ; DOI : 10,4000/clio.1418. L’activité des femmes dans l’armée est amplifiée avec l’entrée en guerre le 20 avril 1792, avant leur exclusion de celle-ci en 1793, car l’armée est alors considérée comme composée de soldats-citoyens par l’engagement volontaire.

⁵⁶¹ Article 2 du titre IV de la Constitution du 3 septembre 1791.

⁵⁶² Article 11 du décret du 30 avril 1793 : « Les femmes qui servent actuellement dans les armées seront exclues du service militaire. Il leur sera donné un passeport et cinq sous par lieu pour rejoindre leur domicile ».

⁵⁶³ Le député Poulitier fait en effet valoir la gêne occasionnée par les femmes dans l’armée : « Outre qu’elles absorbent une partie nécessaire des subsistances, elles gênent la marche des troupes, ralentissent le transport des bagages en se plaçant sur les voitures et par là, elles rendent les retraites pénibles et dangereuses ; elles sont la source des querelles, sèment la terreur dans les camps ; elles y inspirent le découragement et les dégoûts ; enfin, elles sont un objet continuel de distraction et de dissolution pour tous les militaires qu’elles énervent et dont elles amollissent le courage » (archives parlementaires, 1^{ère} série, tome 63, 30 avril 1793, p. 627).

⁵⁶⁴ Le décret du 23 août 1793 confirme cette contribution à l’armée en tant que « femmes » et non en tant que soldats, le décret énonçant qu’elles « feront des tentes, des habits et serviront dans les hôpitaux » (archives parlementaires, 1^{ère} série, tome 72, 23 août 1793, p. 674).

dans la pensée républicaine. La non-participation des femmes au service armé demeure ainsi un argument récurrent pour refuser les droits politiques aux femmes⁵⁶⁵.

175. Enfin, l'exclusion des femmes de la sphère publique se manifeste également par l'empêchement de leur participation politique sous toutes ses formes, telles que l'appartenance à des clubs féminins ou les manifestations dans l'espace public. Ainsi, le décret du 9 brumaire an II, adopté suite au rapport du député Amar, dispose que : « Les clubs et les sociétés populaires de femmes, sous quelque dénomination que ce soit, sont défendus »⁵⁶⁶. Amar justifie cette interdiction par l'incapacité des femmes à discuter des affaires publiques, et « parce qu'elles seraient obligées d'y sacrifier des soins plus importants auxquels la nature les appelle », les soins du ménage et l'éducation des citoyens à la vertu. La participation aux discussions publiques « dont la chaleur est incompatible avec la douceur et la modération qui sont le charme de leur sexe »⁵⁶⁷ ne convient donc pas aux femmes. Par ailleurs, le Tribunal révolutionnaire mis en place pendant la Terreur permet l'exécution de trois femmes ayant pris part à la vie politique de différentes manières : Marie-Antoinette, Olympe de Gouges et Madame Roland. Or, les membres du Comité de salut public, s'adressant aux républicaines, font explicitement valoir que l'exécution de ces trois femmes est due à la non-conformité de leur comportement à leur rôle de femmes⁵⁶⁸. C'est donc parce que la participation des femmes à la vie politique les écarte de leur rôle social d'épouse et de mère qu'elles sont sanctionnées de façon draconienne par les révolutionnaires les plus extrêmes. L'hostilité à l'égard des manifestations publiques des femmes est du reste également présente sous la II^e et la III^e République⁵⁶⁹. Surtout, lorsque la question de l'ouverture du droit de vote aux femmes est posée au législateur et au juge au début du XX^e siècle, l'exclusion des femmes ne peut être qu'explicite, rendue visible par les débats parlementaires et les décisions des juges.

⁵⁶⁵ Voir l'intervention du sénateur Massabuau, lors de la séance du 21 novembre 1922 au Sénat, *JOFR*, p. 1374 : « Dans toutes nos constitutions, lorsque l'on a parlé du citoyen, on a fait allusion au citoyen-soldat [...]. La femme n'est pas un citoyen puisqu'elle ne fait pas le service militaire. Elle ne peut donc pas avoir les droits des citoyens ».

⁵⁶⁶ Archives parlementaires, 1^{ère} série, tome 78, 9 brumaire an II, p. 50.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 50.

⁵⁶⁸ Ainsi, s'agissant d'Olympe de Gouges : « Elle voulut être homme d'État, et il semble que la loi ait puni cette conspiratrice d'avoir oublié les vertus qui conviennent à son sexe ». De même, concernant Madame Roland : « Elle était mère, mais elle avait sacrifié la nature, en voulant s'élever au-dessus d'elle ; le désir d'être savante la conduisit à l'oubli des vertus de son sexe, et cet oubli, toujours dangereux, finit par la faire périr sur l'échafaud ». Marie-Antoinette est quant à elle qualifiée de « mauvaise mère » et d'« épouse débauchée » (« Leçons à tirer de l'exécution de trois femmes », *Moniteur universel*, tome XVIII, 29 brumaire an II (19 novembre 1793), p. 238).

⁵⁶⁹ Ainsi, un décret du 28 juillet 1848, à la suite du rapport Coquerel, interdisant aux femmes d'être membres ou de participer aux réunions d'un club (*Bulletin des lois de la République française*, n° 706, p. 195). De même, sous la III^e République, la Chambre des députés énonce clairement que : « Pour nous, nous sommes convaincus, avec un de nos moralistes modernes que si “les hommes font les lois, les femmes font les mœurs”, et nous croyons que la femme a sa place marquée au sein du foyer domestique et que, fille, épouse ou mère, son principal rôle, celui qui, loin de l'asservir, l'élève et la rend véritablement belle et chère à l'humanité, consiste précisément dans la pratique des vertus privées à l'aide desquelles elle exerce dans la famille et par la suite, dans la société, une autorité réelle pour y faire régner l'harmonie et la paix » (débat parlementaire, séance du 25 octobre 1886 à la Chambre des députés, p. 1654).

176. **Le rejet explicite par le législateur et le juge de l'ouverture du droit de vote aux femmes.** La montée des revendications féministes relatives au droit de vote au début du XX^e siècle⁵⁷⁰ est l'occasion pour le législateur, et plus particulièrement du Sénat, de rejeter explicitement l'extension aux femmes des droits politiques. La proposition de loi déposée en juillet 1906 par le député Paul Dussaussoy du groupe de l'action libéral vise à permettre aux femmes de « concourir à l'élection des membres des conseils municipaux, aux conseils d'arrondissement, aux conseillers généraux, dans les conditions fixées par la loi pour l'exercice de ce droit par tous les Français ». Elle n'est pas examinée par l'Assemblée, mais est reprise en 1909 par Ferdinand Buisson⁵⁷¹ et adoptée par la Chambre des députés le 20 mai 1919 par 341 voix contre 97⁵⁷². Après les interventions des députés Briand et Viviani, la Chambre des députés décide d'accorder le droit de suffrage et d'éligibilité aux femmes pour toutes les élections en France, et pas uniquement pour les élections municipales et cantonales. Toutefois, le Sénat, à la suite d'un rapport défavorable d'Alexandre Bérard du 3 octobre 1919, refuse le 21 novembre 1922, par 156 voix contre 134, d'examiner la proposition de loi ouvrant le droit de vote aux élections locales aux femmes⁵⁷³. La résistance du Sénat à l'ouverture des droits politiques aux femmes se poursuit par son refus d'examiner les propositions de loi ultérieures en ce sens, pourtant adoptées par la Chambre des députés et malgré la volonté de cette dernière de faire connaître au Sénat son opinion favorable au suffrage des femmes⁵⁷⁴. Nombre de députés tentent malgré tout de limiter la réforme proposée, au droit de vote et d'éligibilité pour les élections municipales et cantonales, sachant que le Sénat n'adopterait pas un texte permettant aux femmes d'influer ou d'accéder aux fonctions électives les plus importantes⁵⁷⁵. Mais le Sénat refuse à maintes reprises d'inscrire à l'ordre du jour et par là même, de discuter sur la question de la

⁵⁷⁰ Cf. partie I, titre I, chapitre II

⁵⁷¹ BUISSON Ferdinand, Rapport fait au nom de la Commission du suffrage universel, sur la proposition de loi de M. Dussaussoy tendant à accorder aux femmes le droit de vote dans les élections aux Conseils municipaux, aux Conseils d'arrondissement et aux Conseils généraux, 16 juillet 1909 : « Le second paragraphe de l'article 14 de la loi du 5 avril 1884 est modifié ainsi qu'il suit : sont électeurs tous les Français des deux sexes âgés de vingt et un ans accomplis et n'étant dans aucun des cas d'incapacité prévus par la loi ».

⁵⁷² Débats parlementaires de la Chambre des députés, *JORF* du 21 mai 1919, p. 2358.

⁵⁷³ Séance du 21 novembre 1922 au Sénat, *JORF*, p. 1370.

⁵⁷⁴ Le 7 avril 1925, la Chambre des députés adopte par 390 voix contre 183 une proposition de loi permettant le vote des femmes pour les élections municipales et cantonales ; le 31 mars 1932, elle prend par exemple une résolution, adoptée par 446 voix contre 60, dans laquelle elle « invite le Gouvernement à user de toute son influence auprès du Sénat pour obtenir que cette Assemblée mette en délibération les textes votés à ce sujet par la Chambre des députés et à plusieurs reprises communiqués au Sénat » (*JORF*, p. 1953) ; le 1^{er} mars 1935 et le 30 juillet 1936, elle se prononce une nouvelle fois en faveur du droit de vote des femmes, par 453 voix contre 124 et par 488 voix contre 1.

⁵⁷⁵ Voir l'intervention du député Berthod lors de la séance à la Chambre des députés du 7 avril 1925, *JORF*, p. 2104 : « Si vous envoyez au Sénat une proposition de loi donnant aux femmes une influence sur les élections sénatoriales, votre proposition échouera ».

reconnaissance des droits politiques aux femmes, par exemple en 1928 à 176 voix contre 123⁵⁷⁶, en 1929 à 175 voix contre 126⁵⁷⁷ ou encore en 1931 à 186 voix contre 97⁵⁷⁸.

177. L'argument souvent avancé pour expliquer un tel refus est que l'ouverture des droits politiques menacerait la République en favorisant les partis conservateurs et catholiques – tout comme les républicains craignaient en 1848 le vote des paysans conservateurs. Cette idée est énoncée par Michelet dès 1845 et est reprise constamment par les républicains⁵⁷⁹. Ainsi on retrouve dans les débats parlementaires des années 1910-1920 l'hostilité du parti radical, anticlérical, à l'ouverture du droit de vote et d'éligibilité des femmes, craignant l'allégeance supposée des femmes à l'Église⁵⁸⁰. Le sénateur Bérard évoque dans le même sens le risque d'accorder l'électorat aux femmes catholiques pour les partis du centre, les femmes étant jugées excessives et susceptibles de voter pour les partis extrêmes⁵⁸¹. Pour le sénateur François Albert, l'introduction des électrices, qui viendrait doubler le corps électoral, causerait ainsi un grand désordre et mènerait à « une sorte de vacillation de la conscience électorale »⁵⁸², traduisant une réelle peur du nombre. La réforme, qui est considérée comme « un danger de révolution »⁵⁸³ pour nombre de sénateurs, est par conséquent jugée prématurée. Pour certains auteurs, ces justifications ne sont néanmoins que des prétextes, comme le montre le fait que la réforme est soutenue par des parlementaires laïques⁵⁸⁴. Ainsi, pour Geneviève Fraisse, les causes invoquées importent peu, dans la mesure où l'exclusion des femmes est fondée sur un rapport hiérarchique entre les sexes qui structure la société tout entière⁵⁸⁵ et qui rend l'inégalité de traitement entre les sexes évidente.

⁵⁷⁶ Débats parlementaires, séance du 19 juin 1928 au Sénat, *JORF*, p. 985.

⁵⁷⁷ Débats parlementaires, séance du 21 mars 1929 au Sénat, *JORF*, p. 278.

⁵⁷⁸ Débats parlementaires, séance du 26 juin 1931 au Sénat, *JORF*, p. 1153.

⁵⁷⁹ MICHELET Jules, *Du prêtre, la femme et la famille*, Paris 1845. Voir SCOTT Joan, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 143 : Georges Clemenceau proclame en ce sens en 1907 que : « Le nombre de celles qui échappent à la domination du Clergé est ridiculement faible [...]. Si le droit de voter était accordé demain aux femmes, la France serait précipitée en arrière vers le Moyen-Âge ».

⁵⁸⁰ Voir par exemple l'intervention du sénateur Flaissières, lors de la séance du 21 novembre 1922 au Sénat, *JORF*, p. 1372 : « Le prêtre, me dira Alexandre Bérard, le prêtre, le disaient tout à l'heure quelques-uns de ces collègues, hantés par les mêmes craintes, fera de la femme tout ce qu'il voudra, et quand il aura par sa puissance détruit la République, tout le reste s'ensuivra en même temps, dans un recul général du progrès déjà accompli ».

⁵⁸¹ Séance du 16 novembre 1922 au Sénat, *JORF*, p. 1355 : « La grande masse des pays qui ont accordé les droits politiques aux femmes sont précisément ceux où l'anarchie et l'irrégularité politique du gouvernement masculin font la loi : la Russie, l'Autriche, la Hongrie, l'Allemagne et la Turquie ».

⁵⁸² Séance du 21 novembre 1922 au Sénat, *JORF*, p. 1378.

⁵⁸³ Le sénateur Porteu, lors de la séance du 21 novembre 1922 au Sénat, *JORF*, p. 1377.

⁵⁸⁴ BARD Christine, « L'étrange défaite des suffragistes (1919-1939) », in VIENNOT Eliane, *La démocratie à la française ou les femmes indésirables*, Paris, Publications de l'Université Paris VII-Denis Diderot, 1996, p. 238 : « De la peur du curé officiellement invoqué par les radicaux, les féministes ne sont pas dupes. Le soutien d'un laïc au-dessus de tout soupçon comme Ferdinand Buisson démontre avec éclat qu'il s'agit d'un prétexte ».

⁵⁸⁵ FRAISSE Geneviève, « Quand gouverner n'est pas représenter », in VIENNOT Eliane, *La démocratie à la française ou les femmes indésirables*, *op. cit.*, p. 39 : « Je propose d'inverser le point de départ de la réflexion, de ne plus réfléchir en termes de retard : sachant que l'histoire est sexuée, la cause de la si faible présence des femmes en politique tient au rapport politique entre les sexes ».

178. Pour la majorité des parlementaires, il s'agit ainsi avant tout de maintenir les rôles de genre hiérarchisés, comme le montrent les nombreuses références au rôle social des femmes la cantonnant dans la sphère domestique⁵⁸⁶. On constate en effet une crainte, chez la plupart d'entre eux, la crainte de voir la division entre sphère publique et sphère privée remise en cause. Car, outre le fait que les femmes ne seraient pas aptes aux fonctions politiques car trop sensibles et inadaptées à brutalité de la vie politique⁵⁸⁷, le vote des femmes menacerait l'équilibre social, par la remise en cause de l'unité et de l'ordre hiérarchisé au sein de la famille⁵⁸⁸. Le vote des femmes est en effet «perçu comme un péril pour la paix des ménages»⁵⁸⁹, en instaurant une possibilité de conflit entre le mari et la femme. L'inversion des rôles de genre constituerait, de surcroît, une menace pour la stabilité des familles en conduisant à dévaloriser les hommes⁵⁹⁰.

179. L'inégalité structurelle entre les sexes rend ainsi évidente l'exclusion des femmes des droits politiques par le législateur, mais aussi par le juge. Le Conseil d'État a en effet eu à connaître de recours introduits par des femmes qui s'étaient présentées comme candidates à des élections, mais dont le vote ou l'élection avaient été annulés par arrêté. Le Conseil d'État confirme ces annulations en jugeant qu'«aucune disposition de loi ne déclare les femmes éligibles aux élections municipales»⁵⁹¹. Pour le juge, le législateur entend exclure les femmes des droits

⁵⁸⁶ Le sénateur Bérard lors de la séance du 16 novembre 1922 au Sénat, *JORF*, p. 1356 : «En réalité, le rôle de la femme est de forger des hommes ; c'est au foyer qu'elles doivent accomplir cette grande œuvre, ce n'est pas autour de l'urne électorale». Le sénateur Labrousse lors de la séance du 14 novembre 1922, *JORF*, p. 1345 : «Peut-on nier que cette assimilation des droits politiques soit nuisible à la race et à la famille ? Elle défie les différenciations morales qui s'établissent entre les sexes dès l'origine de l'espèce, elle infirme les principes démontrés que les races les plus différenciées sont les plus fortes et les plus résistantes, que la spécialisation des fonctions s'accuse davantage dans les sociétés élevées. Il est un fait d'expérience, c'est que dans une espèce il y a toujours un sexe qui ne travaille pas. La race humaine doit subir cette loi».

⁵⁸⁷ Voir l'intervention du sénateur Duplantier lors de la séance du 28 juin 1932, *JORF*, p. 966 : «Dans les luttes électorales, les femmes perdraient nécessairement ce qui fait leur charme principal, la tenue, la douceur, la délicatesse de sentiments et de langage. La plupart n'ont-elles pas des bouches trop petites pour qu'en puissent sortir les gros mots qui sont trop souvent la monnaie courante des discussions électorales ? Vous les descendriez du piédestal sur lequel notre respect tient à les maintenir».

⁵⁸⁸ Le sénateur Duplantier lors de la séance du 28 juin 1932, *JORF*, p. 969 : «Depuis longtemps, les attributions de chaque sexe se sont définies et fixées : les hommes ont été appelées à diriger la cité, la femme à rester au foyer, à s'occuper de la maison, à être, quand il le faut, dans son domaine propre, la consolatrice, la guide et le soutien de l'homme. Ne changez pas ces attributions traditionnelles, qui résultent de la nature même des êtres et des choses. N'allez pas faire à la femme ce dangereux présent qu'elle ne réclame d'ailleurs pas. N'allez pas jeter la discorde dans les ménages et les familles ; n'allez pas compromettre l'éducation des enfants et les soins auxquels il a le droit».

⁵⁸⁹ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 525.

⁵⁹⁰ Le sénateur Duplantier lors de la séance du 28 juin 1932, *JORF*, p. 967 : «Au contact des femmes dans les luttes électorales, le caractère des hommes, s'il risque de gagner en violence impulsive, perdra de son énergie et de sa virilité et le vœu d'un journal féministe de 1818 *la Voix des femmes*, exprimé en épigraphe à une lettre à Ledru-Rollin, se trouvera réalisé : "La femme ne doit point s'émanciper de l'homme en se faisant homme : elle doit émanciper l'homme en le faisant femme"». Le sénateur Labrousse lors de la séance du 14 novembre 1922, *JORF*, p. 1345 : «Le vote des femmes est un acte définitif de partage et de diminution de la puissance maritale et paternelle». BOUGLÉ-MOALIC Anne-Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats (1848-1944)*, *op. cit.*, p. 244 : «Le débat sur le vote des femmes ne repose pas uniquement sur la perception des femmes mais tout autant sur celle des hommes. Il n'est pas un des discours antisuffragistes du Sénat qui ne rappelle et valorise le rôle des hommes ou la menace que les féministes font peser sur eux».

⁵⁹¹ CE, 5 mars 1926, *Dame Chapon*, n° 91 556, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, tome 96, 2^e série, 1926, p. 253. Voir aussi : 28 juillet 1926, *Élections de Paris (demoiselle Burodeau)*, n° 88 962, p. 797. S'agissant des élections à la Chambre des députés, voir CE, 26 janvier 1912, *Dame Marguerite Durand*, n° 40 876, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, tome 82, 2^e série, 1912, p. 108 ; CE, 22 novembre 1935, *Dame Weïss*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, Tome 105, 2^e série, 1935, p. 1084.

politiques, alors même que l'énoncé ne prévoit pas expressément une telle exclusion – contrairement à l'exclusion des domestiques et des militaires⁵⁹². L'interprétation retenue par le juge est révélatrice de l'évidence avec laquelle est appréhendée l'exclusion des femmes des droits politiques. De la même manière, la Cour de cassation confirme le refus de l'inscription de certaines femmes sur les listes électorales ; les requérantes avaient pourtant fait valoir qu'aucun texte ne prévoyait explicitement leur exclusion, mais le juge s'est là encore appuyé sur la volonté du législateur pour « refuser aux femmes toute immixtion dans les élections »⁵⁹³.

180. Si les énoncés juridiques ne mentionnent pas expressément l'exclusion des femmes des droits politiques, celle-ci est en revanche tout à fait explicite à la fois dans les discours du législateur et du juge. Les différences entre les hommes et les femmes, et notamment les inégalités qui existent entre eux dans la sphère familiale, servent de justifications à ce traitement inégal.

181. Conclusion du chapitre I. L'affirmation juridique du principe d'égalité depuis 1789 n'a pas empêché l'exclusion des femmes de la jouissance égale des droits civils et politiques. Une telle exclusion ne résulte pas d'un « retard » ou d'une application incomplète du principe d'égalité, mais illustre au contraire le fonctionnement même de ce dernier, guidé par une dynamique d'inclusion/exclusion. Le principe d'égalité n'a en effet une vocation unificatrice qu'en tant qu'il conduit à appliquer le droit de façon uniforme à une catégorie d'individus ; il aboutit donc, par là même, à exclure les catégories considérées comme étant placées dans des situations différentes. Or, l'évidence avec laquelle est appréhendée la différence des sexes, au XIX^e et la première moitié du XX^e siècle, conduit à rendre pleinement légitime, sous l'égide du principe d'égalité, l'exclusion des femmes, celles-ci étant, par leur rôle spécifique dans la sphère privée, placée dans une situation différente par rapport aux hommes.

182. L'universalisme qui guide l'interprétation de l'égalité républicaine au XIX^e siècle est donc implicitement ou explicitement sexué, car il est pensé sans les femmes. Dès lors, il va s'agir, au XX^e siècle, de concevoir l'égalité des sexes à rebours de cet universalisme sexué, en construisant des normes neutres à l'égard du sexe. Le principe d'égalité fonctionnant selon une dynamique d'inclusion et d'exclusion, l'inclusion au sein de la communauté des citoyens jouissant des mêmes droits requiert en effet que ses membres soient considérés comme semblables. Il apparaît dès lors

⁵⁹² Article 14 de la loi municipale du 5 avril 1884, texte complet, annoté, commenté et expliqué par les circulaires et documents officiels par Albert FAIVRE, 7^e édition, Paris, Derveaux, 1886 : « Les conseillers municipaux sont élus par le suffrage universel direct. Sont électeurs tous les Français âgés de vingt et un ans et n'étant dans aucun cas d'incapacité prévu par la loi » et article 34 : « Sont éligibles au Conseil municipal [...] tous les électeurs de la commune et les citoyens inscrits au rôle des contributions directes [...] âgés de vingt-cinq ans accomplis ».

⁵⁹³ Cass., 16 mars 1885, *Demoiselle Barberousse c/ Élections du 1^{er} arrondissement de Paris*, *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, 1885, 1^{ère} partie, p. 105. Confirmé par l'arrêt du 21 mars 1893, *Veuve Vincent*, *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, 1893, 1^{ère} partie, p. 555.

logique, pour beaucoup de féministes, de conquérir l'égalité des droits grâce au discours de l'uniformité et de l'égalité de capacité. Mais la reconnaissance de l'égalité des droits entre les hommes et les femmes a également été fondée sur des arguments différentialistes, les droits étant parfois revendiqués et attribués aux femmes en tant que femmes et non en tant qu'individus. Ainsi, l'extension des droits de l'homme aux femmes repose, jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, sur une argumentation ambivalente, à la fois universaliste et différentialiste.

Chapitre II. L'affirmation constitutionnelle de l'égalité entre les femmes et les hommes par l'extension explicite des droits de l'homme aux femmes

183. La légitimation des inégalités entre les femmes et les hommes – sous l'égide même du principe d'égalité permettant de traiter différemment des situations différentes – s'est nourrie de la construction du genre, du processus de différenciation et de naturalisation des rôles sociaux masculins et féminins. L'affirmation juridique de l'égalité des sexes a dès lors été construite à rebours de ce processus, par la délégitimation des inégalités entre les femmes et les hommes.

184. Toutefois, lors de la proclamation juridique de l'égalité des sexes, à la Libération, le rejet des inégalités de traitement entre les femmes et les hommes ne s'est pas forcément traduit par une négation de la différenciation entre les sexes. En effet, si l'affirmation de l'égalité des sexes postule que les femmes et les hommes sont considérés comme étant dans des situations *semblables*, imposant de ce fait un traitement juridique identique, elle ne suppose pas pour autant qu'ils soient considérés comme *identiques*⁵⁹⁴. Il est en ce sens généralement admis qu'une identité « relative » des situations, et non pas « absolue », soit suffisante pour exiger une identité de traitement entre les groupes d'individus comparés⁵⁹⁵. La différence entre hommes et femmes reste donc, jusque dans les années 1970, présente dans les discours juridiques relatifs à l'égalité des sexes, d'une part, en raison d'une prise en compte des rôles de genre, et d'autre part, parce qu'elle est nécessaire pour reconnaître les inégalités passées. En revanche, il s'agira de montrer par la suite que la présence de la différence des sexes au sein des textes juridiques est peu à peu devenue synonyme de discrimination, contraire à l'égalité des sexes.

185. Il existe en effet une tension permanente, au sein des mouvements féministes comme au sein du droit, entre l'égalité comme indifférenciation des normes au regard du sexe et l'égalité qui implique la reconnaissance des groupes discriminés tels que celui des femmes⁵⁹⁶. C'est ainsi que la maternité a pu à la fois servir de justification pour exclure les femmes des droits politiques, mais aussi comme un argument pour les inclure dans la communauté des citoyens. Comme l'affirme

⁵⁹⁴ KOUBI Geneviève, « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence », in ROULAND Norbert, *Le droit à la différence*, PUAM, 2002, p. 267.

⁵⁹⁵ THARAUD Delphine, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 97 : « Ce qui est comparable est ce qui relève de deux situations qui présentent une identité relative, c'est-à-dire une ressemblance assez forte sans pour autant faire ressortir une identité absolue ».

⁵⁹⁶ SCOTT Joan, « L'énigme de l'égalité », in *L'égalité, une utopie ?*, *Cahiers du genre*, n° 33, 2002, p. 29 : « Les revendications d'égalité invoquent et rejettent nécessairement les différences, qui, au premier chef, récusent l'égalité ».

Carole Pateman à propos de la citoyenneté, les femmes ont paradoxalement été exclues puis incluses sur la base des mêmes capacités et attributs⁵⁹⁷. Dans les premiers temps de la construction de l'égalité des sexes, la différence – et non pas l'inégalité – des sexes au sein des normes n'est dès lors pas considérée comme contraire à l'égalité ; sa prise en compte dans les normes apparaît même comme nécessaire à l'alignement du statut des femmes sur celui des hommes. Les stratégies argumentatives en faveur de l'égalité des sexes reposent même en partie sur la différenciation des sexes, par une revalorisation du statut des femmes au sein de la sphère publique.

186. La construction de l'égalité des sexes s'affirme donc en premier lieu à travers la proclamation constitutionnelle de l'égalité entre les femmes et les hommes en 1946, par l'extension explicite des droits de l'homme aux femmes. Celle-ci fait suite à l'inclusion explicite des femmes dans la communauté des citoyens en 1944, à la fois en tant que femmes et en tant qu'individus. Ce mouvement constitue une réaction, de la part des constituants, aux inégalités entre les sexes existant sous la III^e République et pendant le régime de Vichy. Ainsi, – toute constitution pouvant être analysée comme la volonté de manifester des valeurs collectives d'une époque⁵⁹⁸ – inscrire l'égalité entre les femmes et les hommes dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 a « dévalorisé » l'inégalité des sexes dans les normes juridiques en rendant illégitime l'exclusion des femmes de l'égalité de certains droits. La fin de la Seconde Guerre mondiale constitue en ce sens une période charnière en matière d'égalité entre les femmes et les hommes, car le principe d'égalité des sexes en droits est affirmé pour la première fois par les plus hautes instances de l'État. Une telle affirmation juridique peut être analysée à la fois comme l'aboutissement des luttes sociales menées par les féministes en faveur des droits des femmes⁵⁹⁹, qui ont révélé les écueils de la conception républicaine de l'égalité, mais aussi comme une réaction des nouvelles institutions aux régimes précédents, la III^e République et le régime de Vichy. Le projet de reconstruction de la démocratie lors de la Libération, mené par le Gouvernement provisoire de la République française (GPRF) et le constituant de la IV^e République, entend en effet s'aligner sur les autres démocraties occidentales en matière de garantie des droits, en premier lieu en incluant les femmes dans la communauté des citoyens. Les détenteurs du pouvoir

⁵⁹⁷ PATEMAN Carole, « Equality, difference, subordination : the politics of motherhood and women's citizenship », in BOCK Gisela, JAMES Susan, *Beyond Equality and Difference : Citizenship, Feminist Politics and Female Subjectivity*, Routledge, 1992, p. 16 : « *Women's political standing rests on a major paradox : they have been excluded and included on the basis of the very same capacities and attributes* ».

⁵⁹⁸ LACROIX Bernard, « Les fonctions symboliques des Constitutions : bilan et perspectives », in SEURIN Jean-Louis, MARTRES Jean-Louis, *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 186-199.

⁵⁹⁹ MERCAT-BRUNS Marie, « Discrimination fondée sur le sexe aux États-Unis : une notion juridique sous tension », *Travail, genre et sociétés*, n° 28, 2012/2, p. 64. Comme l'affirme l'auteure, « l'analyse historique d'une construction juridique suppose de prendre en compte les mouvements sociaux à l'origine de la production de certaines normes même si le résultat escompté n'est pas toujours le même que les objectifs des actions menées ».

s'accordent, dès lors, pour réformer la démocratie en incluant les femmes dans corps électoral, préalable à une reconnaissance plus large de l'égalité des droits par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

187. L'affirmation de l'égalité des sexes implique de garantir le même traitement juridique pour les deux sexes. Les hommes et les femmes ne sont pas pour autant considérés comme étant dans des situations identiques, impliquant une totale indifférenciation des énoncés juridiques, mais plutôt comme étant dans des situations semblables, ce qui permet dès lors de maintenir la différenciation juridique entre les sexes. L'égalité des sexes implique, selon l'interprétation à cette période, non pas l'effacement de la différence des sexes dans les énoncés juridiques, mais plutôt l'alignement explicite du statut des femmes sur celui des hommes par le même traitement juridique. En effet, puisqu'aucun énoncé juridique relatif aux droits politiques n'exclut explicitement les femmes de leur jouissance, il est nécessaire pour le constituant, dans une perspective d'égalité des droits, d'inclure explicitement les femmes dans la communauté des citoyens (section I) et d'affirmer clairement que les femmes bénéficient des mêmes droits que les hommes (section II). En garantissant explicitement aux femmes le bénéfice des droits, le constituant prend ainsi acte de la dimension d'exclusion du principe d'égalité construit en faveur des hommes.

Section I. L'inclusion explicite des femmes dans la communauté des citoyens

188. Il convient non pas de rechercher les causes exactes de l'inclusion des femmes dans la sphère des citoyens, ou encore les raisons du « retard » de la France en la matière, mais de montrer comment les discours politiques et juridiques, reconnaissant cette inclusion, fondent leur argumentation à la fois sur l'indifférenciation des sexes et sur les spécificités féminines. Il s'agit, en effet, d'analyser comment l'égalisation des traitements juridiques entre hommes et femmes appréhende la différence des sexes, pour comprendre l'évolution subséquente du rapport entre le principe d'égalité et la différence des sexes.

189. L'ouverture des droits politiques aux femmes résulte d'un long processus de délégitimation de l'inégalité entre hommes et femmes en matière politique, la citoyenneté étant associée, depuis la Révolution française et jusqu'en 1944, à la masculinité. Déjà sous la III^e République, des propositions de loi sont adoptées par la Chambre des députés en ce sens, soutenues par les revendications suffragistes qui mêlent arguments universalistes et différencialistes pour appuyer la réforme (I). L'inclusion explicite des femmes dans la sphère des citoyens à la Libération constitue, par conséquent, à la fois la continuité et l'aboutissement du mouvement suffragiste existant depuis le milieu du XIX^e siècle, mais également une rupture par rapport à une III^e République inégalitaire et à une démocratie dite « inachevée ». Cette inclusion se manifeste, paradoxalement, à la fois par la remise en cause de la différence entre hommes et femmes, jusque-là synonyme d'inégalité, ainsi que par la valorisation des spécificités féminines (II).

I. Des propositions de loi suffragistes sous la III^e République, entre arguments universalistes et différencialistes

190. La question de l'ouverture des droits politiques aux femmes est débattue devant le Parlement au sortir de la Première Guerre mondiale. La majorité des députés, mais aussi certains sénateurs, se montrent particulièrement favorables à une telle réforme. L'offensive de la Chambre des députés prend la forme, entre 1922 et 1932, de vingt propositions de loi tendant à accorder le droit de vote ou d'éligibilité aux femmes. Entre 1933 et 1936, onze propositions de loi prévoient la reconnaissance de l'égalité politique complète entre les femmes et les hommes. Des présidents du Conseil tels que Georges Clemenceau, René Viviani, Aristide Briand, Raymond Poincaré ou

Léon Blum se disent favorables à la réforme⁶⁰⁰. Certaines de ces propositions de loi sont adoptées par la Chambre des députés, mais se heurtent malgré tout à l'opposition du Sénat, qui refuse la discussion des articles ou même simplement l'inscription de la question à l'ordre du jour. Si certains auteurs ont avancé que cette réticence du Sénat était le fruit de calculs politiques⁶⁰¹, la plupart des arguments évoqués par les parlementaires hostiles à la réforme montrent, on l'a vu, qu'elle repose sur une représentation inégalitaire des rôles de genre, excluant les femmes de la sphère de la citoyenneté.

191. Cependant, nombreuses sont les interventions devant le Parlement en faveur du suffrage et de l'éligibilité des femmes qui soulignent, dans un registre à la fois universaliste et différencialiste, la volonté de parvenir à une égalité entre les sexes en matière politique. Cette tension entre arguments universalistes et différencialistes n'est pas nouvelle, puisqu'elle anime les discours militants suffragistes depuis le XIX^e⁶⁰². Les parlementaires cherchent ainsi surtout à « gommer les aspects hiérarchiques »⁶⁰³ de la différence des sexes en insistant sur l'égalité des capacités des femmes et des hommes à exercer des droits politiques (1), tout en valorisant la complémentarité des rôles sociaux entre les sexes (2).

A. Les arguments universalistes : améliorer la démocratie et prendre acte de l'évolution des mœurs

L'argumentaire universaliste en faveur de l'égalité des sexes, mettant en avant l'égal accès des femmes aux droits au nom de leur qualité d'individu, ne date pas des débats relatifs aux droits politiques des femmes du début du XX^e siècle. Déjà au XVII^e siècle⁶⁰⁴, des auteurs comme Poullain de la Barre ou Marie de Gournay ont cherché à démontrer la « vérité » de l'égalité des

⁶⁰⁰ BARD Christine, *Les filles de Marianne. Histoire des féminismes 1914-1940*, Paris, Fayard, 1995, p. 358.

⁶⁰¹ DU ROY Albert et Nicole, *Citoyennes ! Il y a cinquante ans, le vote des femmes*, Paris, Flammarion, 1994, p. 114. Selon les auteurs, les parlementaires refusent d'accorder les droits politiques aux femmes notamment par crainte de modifier le système électoral en leur défaveur. En particulier, la présence de femmes dans les conseils municipaux constituerait un risque de changement pour les sénateurs, ceux-ci étant élus par les élus locaux, et notamment par les conseillers municipaux, comme le rappelle Aristide Briand lors de la séance du 20 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2357. Cette conception repose sur le présupposé que le vote féminin serait différent de celui des hommes, et est par conséquent lié à une conception inégalitaire des rôles sociaux.

⁶⁰² SCOTT Joan, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, op. cit., p. 13. Il existe une ambivalence au sein des revendications en faveur de l'égalité des droits entre hommes et femmes quant à la légitimité de la prise en compte de la différence des sexes. En effet, les mouvements féministes, c'est-à-dire en faveur de l'égalité des droits entre les hommes et les femmes, ont d'un côté prôné « que leur identité avec les hommes faisait d'elles leurs égales », et de l'autre « que leur différence physique ou sociale leur donnait droit à une représentation politique – certaines féministes ont même défendu les deux positions à la fois ». Mais les arguments différencialistes se heurtent à un dilemme : « Comment poser la question de la différence des sexes sans reproduire les termes dans lesquels l'exclusion a tout d'abord été formulée ? »

⁶⁰³ BOUGLÉ-MOALIC Anne Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 218

⁶⁰⁴ DORLIN Elsa, *L'évidence de l'égalité des sexes. Une philosophie oubliée du XVII^e siècle*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 20. Un écueil est donc à éviter, « celui qui consiste à faire naître le féminisme en 1789, au sein de la problématique de la revendication de droits égaux. Les féministes de l'Ancien Régime ont exigé, non pas des droits égaux, mais la reconnaissance de l'égalité humaine des hommes et des femmes, ce qui devait impliquer un égal accès aux pouvoirs et aux savoirs ».

sexes, en arguant que l'inégalité des sexes était fondée sur des préjugés qu'il convenait de démontrer⁶⁰⁵. Leur entreprise n'a toutefois pas abouti : dès lors que l'inégalité des sexes, fondée sur la différence sexuelle, est avancée par les instances de pouvoir, « juges et parties »⁶⁰⁶, et admise par l'opinion comme une « vérité », il est impossible de démontrer la vérité de l'égalité des sexes ni même sa légitimité⁶⁰⁷. Au moment de la Révolution française, l'argumentaire universaliste a certes été repris par certains auteurs ou hommes politiques en faveur de l'égalité des sexes, mais leur position est demeurée minoritaire⁶⁰⁸. Le point de butée réside alors dans la détention du processus de légitimation des inégalités par les instances de pouvoirs ; car ces dernières ont le monopole de juger quelles inégalités sont légitimes ou illégitimes, jugement qui varie selon les valeurs de justice dominantes à une époque. Or, c'est précisément lors des débats du début du XX^e relatifs au droit de suffrage que l'exclusion des femmes du système politique commence à être délégitimée. Les parlementaires ont notamment recours, pour ce faire, à l'argumentaire universaliste fondée sur la non-pertinence de la différence des sexes, les femmes étant reconnues comme individus-citoyens.

192. **La réparation d'une injustice et l'amélioration de la démocratie.** Les parlementaires en faveur des droits politiques des femmes invoquent tout d'abord la reconnaissance de ceux-ci

⁶⁰⁵ À propos de ces auteurs, voir DORLIN Elsa, *L'évidence de l'égalité des sexes*, op. cit. Au XVII^e siècle, plusieurs débats avaient opposé les défenseurs de l'égalité à ceux de l'inégalité entre les hommes et les femmes. Parmi les premiers, on trouve deux théories féministes ; d'une part, les discours héritiers de la « querelle des femmes » tentent de défendre la féminité face aux misogynes en recherchant des solutions pratiques plutôt que la résolution des controverses théoriques, par une reconnaissance et une prise en compte des différences entre les sexes. D'autre part, des discours féministes logiques se développent et tendent à démontrer l'évidence et la vérité de l'égalité de sexes, en exposant les contradictions théoriques inhérentes aux discours adverses.

⁶⁰⁶ POUILLAIN DE LA BARRE François, *De l'égalité des deux sexes. Discours physique et moral, où l'on voit l'importance de se défaire des préjugés*, Paris, Chez Jean du Puis, 1673, édition de 1676, p. 80.

⁶⁰⁷ DORLIN Elsa, *L'évidence de l'égalité des sexes*, op. cit. p. 102 : « Seuls les discours théorisant l'inégalité naturelle des hommes et des femmes bénéficient de publicité et de lumière. Seuls ces discours sont jugés vrais et enseignés comme tels. Ainsi, ce n'est pas la valeur des démonstrations, leur degré de rigorisme qui déterminent leur reconnaissance, mais bien la position qu'elles occupent par rapport à un ordre de savoir et de pouvoir ».

⁶⁰⁸ Par exemple, Condorcet émet un plaidoyer sur *l'admission des femmes au droit de cité*, dans lequel il pose la question de savoir si « tous n'ont-ils pas violé le principe de l'égalité des droits, en privant tranquillement la moitié du genre humain de celui de concourir à la formation des lois, en excluant les femmes du droit de cité ? [...] Les droits des hommes résultant uniquement de ce qu'ils sont des êtres sensibles, susceptibles d'acquiescer des idées morales et de raisonner sur ces idées. Ainsi les femmes ayant ces mêmes qualités, ont nécessairement des droits égaux » (CONDORCET Nicolas, « Sur l'admission des femmes au droit de cité », *Journal de la Société de 1789*, n° 5, 3 juillet 1790, in BADINTER Elisabeth, *Paroles d'hommes (1790-1793)*, op. cit., p. 54). Pour Guyomar, le mot « homme » de la Déclaration de 1789 signifie bien « homo », l'être humain comprenant l'homme et la femme, et non pas l'être masculin et les femmes doivent dès lors, selon lui, être admise dans la nation française, dans une perspective universaliste. Au terme de « citoyenne » doit dès lors correspondre les droits politiques qui y sont rattachés : « Il faudra désormais les appeler femmes ou filles de citoyen, jamais citoyennes. Ou retranchez le mot, ou accordez la chose. Mais peut-on refuser un droit fondé par la nature, dans une constitution fondée elle-même sur ce code ? [...] Le seul droit de cité est pleinement acquis par la seule votation et délibération dans les assemblées primaires » (GUYOMAR Pierre, 3^e annexe à la séance de la Convention nationale. Archives parlementaires, 29 avril 193, tome 63, in BADINTER Elisabeth, *Paroles d'hommes (1790-1793)*, op. cit., p. 156). De même, Olympe de Gouges publie en 1791 la Déclaration des droits de la Femme et de la Citoyenne, affirmant que par nature, les hommes et les femmes doivent avoir les mêmes droits, prenant au sérieux l'approche universaliste révolutionnaire et révélant ses limites. Elle affirme l'individualité des sujets féminins et souhaite explicitement étendre les droits politiques aux femmes, en énonçant que : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation, qui est la réunion de la femme et de l'homme » et que : « La femme a le droit de monter à l'échafaud, elle doit avoir également celui de monter à la tribune » (DE GOUGE Olympe, *Déclaration des droits de la femme, dédiée à la Reine*, septembre 1791).

comme « une injustice ancienne à réparer »⁶⁰⁹ afin de satisfaire l'idéal démocratique. Ainsi, selon le député Flandin, rapporteur de la proposition de loi tendant en 1919 à accorder le droit de suffrage aux femmes dans certaines élections : « La stricte application des principes démocratiques sur lesquels est fondée la République l'oblige à accorder désormais aux femmes la capacité politique »⁶¹⁰. Les parlementaires constatent les limites du suffrage universel⁶¹¹ et admettent que « les revendications du suffrage universel se sont bornées aux demandes des hommes »⁶¹². Il s'agit donc que le suffrage devienne « vraiment le suffrage universel »⁶¹³ par la reconnaissance d'un droit « naturel »⁶¹⁴ des femmes à exprimer leur opinion politique. Les propositions de loi en ce sens reposent donc logiquement, pour beaucoup, sur la reconnaissance intégrale des droits politiques des femmes, à l'instar de celle adoptée le 30 juillet 1936 par la Chambre des députés⁶¹⁵. Cette réforme permettrait donc, selon certains républicains, de permettre une meilleure expression de la souveraineté nationale⁶¹⁶, de remédier à la crise du suffrage universel et du « régime démocratique »⁶¹⁷, de rendre en somme « cohérente la République avec elle-même »⁶¹⁸. Les parlementaires constatent du reste avec justesse que les textes juridiques relatifs à la citoyenneté n'excluent pas explicitement les femmes, contrairement à d'autres catégories, et devraient d'ores et déjà permettre aux femmes de voter et d'être éligibles⁶¹⁹. Le sénateur Gourju montre ainsi que le « monosexualisme électoral »⁶²⁰ ne figure pas dans les énoncés juridiques, qui s'appliquent à « tous »⁶²¹, mais résulte de l'interprétation qui est faite par les organisateurs des élections de ces règles⁶²². Selon ces parlementaires, c'est donc le principe

⁶⁰⁹ Le député Bracke, lors de la séance du 8 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2231.

⁶¹⁰ Débats parlementaires, séance du 8 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2229. Voir également l'intervention du sénateur Saint-Maur lors de la séance du 23 juin 1932 au Sénat, p. 946 : « Si l'on veut s'appuyer sur les principes et les motifs qui ont fait reconnaître à l'homme le droit de suffrage, alors il faut reconnaître aux femmes le même droit ».

⁶¹¹ Le député Andrieux, lors de la séance du 20 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2352 : « Qui donc oserait dire que le suffrage est universel quand la meilleure moitié du genre humain est exclue du suffrage ? ».

⁶¹² Débats parlementaires, séance du 8 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2229.

⁶¹³ Le député Bracke, lors de la séance du 1^{er} mars 1935 à la Chambre des députés, p. 793.

⁶¹⁴ Le député Ernest Lafont, séance du 15 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2310 : « Le droit de vote n'est pas une récompense que vous leur donnez ; c'est [...] la constatation d'un droit presque naturel qu'elles ont d'exprimer leur opinion politique dans une société organisée comme la nôtre ».

⁶¹⁵ Proposition de loi de Louis Marin : « Les lois et les dispositions réglementaires sur l'électorat et l'éligibilité à toutes les assemblées élues sont applicables à tous les citoyens français, sans distinction de sexe », adoptée à 488 voix contre une.

⁶¹⁶ Le sénateur Louis Martin, lors de la séance du 7 novembre 1922, p. 1295 : « La souveraineté nationale, ce ne sont pas les hommes seuls, ce ne sont pas les femmes seules, ce sont les hommes et les femmes réunis ».

⁶¹⁷ TARDIEU André, *L'Heure de la décision*, Paris, Flammarion, 1934, p. 205.

⁶¹⁸ BOUGLÉ-MOALIC Anne Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, *op. cit.*, p. 227 : « Le débat suffragiste s'insère d'ailleurs dans tous les projets de réforme du système, non comme une solution féministe, mais comme une réponse républicaine bénéficiant à tous ».

⁶¹⁹ Le député Bon, lors de la séance du 20 mai 1919, p. 2350 ; le député Bracke, lors de la séance du 1^{er} mars 1935, p. 793.

⁶²⁰ Débats parlementaires, séance du 14 novembre 1922 au Sénat, p. 1337.

⁶²¹ Le sénateur Gourju souligne ainsi le décalage entre l'énoncé « tous les Français doivent contribuer suivant leurs facultés aux charges de l'État », qui inclut les femmes dans la définition de « tous » et la législation électorale censée accorder le droit de vote à tous les Français âgés de vingt et un ans, mais qui exclut les femmes de son application.

⁶²² La proposition du député Bracke dispose ainsi que : « Toutes les dispositions législatives fixant les conditions dans lesquelles sont assurés et s'exercent le droit de suffrage, ainsi que l'éligibilité qui en résulte, dans toutes les élections aux assemblées

même du suffrage universel qui a été méconnu depuis 1848 par l'exclusion des femmes. Une loi admettant le vote et l'éligibilité des femmes ne constituerait, dès lors, que le rattrapage d'une mauvaise application du suffrage universel.

193. Toutefois, il convient de rappeler ici que ce qui ne paraît plus satisfaire l'exigence d'universalité en 1919 était tout à fait acceptable sous l'égide du suffrage universel en 1848. Ainsi, bien que certains parlementaires évoquent le « retard » de la France depuis 1848 quant à l'admission des femmes au suffrage universel⁶²³, il semble que ce phénomène résulte plutôt d'une application ordinaire de l'universalisme, dans sa dimension exclusive. C'est donc parce que l'exclusion des femmes s'avère, pour un nombre croissant de législateurs du début du XX^e siècle, illégitime, que sa contradiction avec la démocratie et le suffrage universel devient évidente. Cette délégitimation des inégalités entre hommes et femmes est liée à l'évolution des représentations des rôles de genre.

194. **L'évolution de la place des femmes dans la société.** Les discours des parlementaires en faveur des droits politiques des femmes soulignent l'évolution de la représentation du rôle des femmes, ces dernières étant considérées, non plus comme des personnes inférieures aux hommes en raison de leur sexe, mais comme des individus ayant les mêmes capacités au sein de la sphère publique. Tout d'abord, il ressort de l'argumentaire des parlementaires que la guerre a fortement contribué à modifier le rôle social des femmes⁶²⁴. Nombreux sont ceux qui soulignent le remplacement des hommes partis au front, par les femmes, dans tous les domaines de la vie active : aux champs, à l'usine, dans les administrations publiques⁶²⁵. Des femmes, souvent des institutrices, ont été jusqu'à remplacer les maires de certaines communes, preuve directe de leur capacité à remplir des fonctions publiques importantes⁶²⁶. La reconnaissance des droits politiques

délibérantes, sont et restent applicables aux deux sexes » (débats parlementaires, séance du 1^{er} mars 1935 à la Chambre des députés, p. 793).

⁶²³ Voir notamment le député Bon lors de la séance du 20 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2349.

⁶²⁴ Ainsi, selon le sénateur Saint-Maur : « Nous avons eu la guerre ; cette épreuve a eu un résultat, celui de montrer que la femme n'était pas seulement un être de sentiment et de sensibilité, mais aussi un être de raison et de sagesse » (débats parlementaires, séance du 14 novembre 1922, p. 1342).

⁶²⁵ Le député Flandin, lors de la séance du 8 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2229 : « Quand, au moment de la mobilisation, il a fallu remplacer dans nos campagnes, environ trois millions de travailleurs, les femmes ont pris la charrue, la hotte et la bêche, la fourche et l'aiguillon et elles ont fait lever les moissons, elles ont vendangé les vignes [...]. Quand il a fallu pour vaincre, augmenter la production des armes, des munitions et des avions, c'est par centaine de mille que les femmes françaises sont entrées dans l'usine de guerre ». Voir notamment, dans le même registre, les interventions de Jules Siegfried, p. 2238 ; de Fernand Merlin, p. 2241 : « Par le rôle de la femme pendant la guerre, je pressens son rôle pendant la paix » ; de Jean Bon, lors de la séance du 20 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2352 ; de Louis Martin, lors de la séance au Sénat du 7 novembre 1922, p. 1295, soulignant le « dévouement patriotique des femmes pendant la guerre » ; de Gourju, lors de la séance du 14 novembre 1922 au Sénat, p. 3338 ; d'Alexandre Bachelet, lors de la séance du 23 juin 1932 au Sénat.

⁶²⁶ Le député Bracke, lors de la séance du 8 mai 1919, p. 2233, qui, lettres de femmes à l'appui, montre l'engagement de ces « maîtresses » pour l'intérêt public : « Comment passer sous silence, le labeur merveilleux des femmes, pendant la guerre [...] dans les fonctions municipales extraordinaires que l'invasion ou la mobilisation de toutes les capacités masculines les a appelées à remplir en tant qu'endroits ? ».

n'est donc pas uniquement considérée comme une « récompense », accordée aux « bons citoyens », pour le courage et le patriotisme des femmes pendant la guerre. Elle peut surtout être appréhendée comme l'adaptation du droit à l'évolution du rôle des femmes, qui ont remplacé les hommes pendant la guerre et se sont donc montrées aptes à devenir des individus-citoyens⁶²⁷.

195. Certains parlementaires soulignent que cette évolution va de pair avec une transformation plus globale du rôle des femmes dans la société, hors du contexte de la guerre⁶²⁸. L'argument de l'égalité des sexes dans les fonctions sociales permet dès lors de justifier l'égalité des femmes et des hommes à exercer les droits et fonctions politiques. En effet, les femmes n'étant plus autant assignées à la sphère privée, aux rôles d'épouse et de mère⁶²⁹ – notamment par l'accès au travail⁶³⁰ et à l'instruction⁶³¹ – leur accession à la sphère politique devient plus légitime. Selon le député Bracke, les femmes ont leur « individualité propre », elles n'ont plus à choisir entre les fonctions de « ménagère » ou de « courtisane » comme l'affirmait Proudhon, car, à l'instar des hommes, elles ont leur place en tant qu'ouvrières, avocates, médecins ou encore conductrices automobiles⁶³². Cet argument fait du reste écho aux revendications suffragistes du XIX^e siècle, émises notamment par Pauline Roland et Pierre Leroux, qui se fondent sur la participation des femmes au travail producteur pour arguer d'une individualisation des femmes⁶³³. La capacité des femmes à travailler permet un affranchissement de la famille et constitue ainsi une porte d'entrée dans la sphère publique, en tant qu'individus indépendants. Certains parlementaires se fondent sur le fait que les ouvrières, institutrices et commerçantes, participent déjà à des élections professionnelles, ce qui montre leur capacité à exercer des droits électoraux⁶³⁴. Par ailleurs, les

⁶²⁷ Le député Bon lors de la séance du 20 mai 1919, p. 2352 : « Messieurs, ce n'est pas une récompense – quoique je m'associe à tout ce qui a été dit des services rendus par la femme française. C'est la revendication d'un droit ». Le sénateur d'Estouettes de Constant, lors de la séance du 16 novembre 1922, p. 1361, qui revendique « non pas une récompense légitime [...] mais le droit sacré auquel elles devraient tenir, auquel elles tiennent dans leur conscience, le droit de pouvoir continuer à être utile à leur pays ».

⁶²⁸ Le sénateur Martin, lors de la séance du 7 novembre 1922, p. 1297 : « On fait tort à la femme lorsque l'on considère son rôle de 1914 à 1918 comme exceptionnel ».

⁶²⁹ Le député Merlin, lors de la séance du 8 mai 1919, p. 2239 ; René Viviani rappelle que « l'avenir de la femme peut être hors mariage », séance du 20 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2354. Selon le sénateur Paul Strauss, lors de la séance du 30 juin 1932, p. 986 : « Depuis la promulgation du Code civil, le rôle de la femme n'a cessé de grandir dans presque tous les domaines qui autrefois étaient exclusivement réservés à l'homme. Par son instruction, par son travail, par son esprit, par son esprit d'entreprise elle occupe de plus en plus dans la famille, une situation comparable, sinon identique à celle de l'homme ».

⁶³⁰ Le député Flandin, lors de la séance du 8 mai 1919, p. 2230 : « Au cours du dix-neuvième siècle, le travail a été concentré dans l'usine et dans les grands magasins, et, pour la recherche de leur pain quotidien, la mère et même l'enfant ont été obligés de désertier le foyer familial pour entrer à l'usine ou à l'atelier ».

⁶³¹ Le sénateur Bachelet, lors de la séance du 23 juin 1932, p. 942 : « Beaucoup d'entre elles continuent leurs études soit dans les écoles primaires supérieures, soit dans les lycées et collèges, soit dans les facultés et les grandes écoles et les succès qu'elles y remportent montrent surabondamment qu'elles ne sont inférieures à l'homme, ni par l'intelligence, ni par leurs facultés d'assimilation et de compréhension ».

⁶³² Débats parlementaires, séance du 8 mai 1919, p. 2233.

⁶³³ LE BRAS-CHOPARD Armelle, *De l'égalité dans la différence. Le socialisme de Pierre Leroux, op. cit.*, p. 264.

⁶³⁴ Le député Bracke, lors de la séance du 8 mai 1919, p. 2231 : « Déjà, la France s'est engagée dans la voie qui mène à cette égalité puisque, peu à peu, les droits civils ont été accordés à la femme, puisque, peu à peu, elle a eu non pas des droits politiques, mais des droits électoraux, par exemple, pour des élections aux conseils de prud'hommes, au conseil supérieur du travail, au conseil de l'instruction publique, aux tribunaux de commerce ».

femmes sont responsables du point de vue civil et pénal, comme les hommes, ce qui présuppose leur égale capacité⁶³⁵. Ils insistent également sur la reconnaissance de l'égalité des sexes en matière fiscale qui devrait conduire, selon eux, logiquement, à l'accès des femmes à l'exercice de la citoyenneté⁶³⁶. Cette stratégie rejoint celle de certaines suffragistes, telles que Jeanne Deroin, qui tente de présenter sa candidature à une élection législative le 13 mai 1849⁶³⁷. De même, Hubertine Auclert, qui publie le journal *La Citoyenne* entre 1881 et 1890, organise également un mouvement important en faveur des droits politiques des femmes, par des pétitions aux institutions, des demandes d'inscription sur les listes électorales, des déclarations de refus d'impôt. Elle soulève ainsi, devant le juge administratif, la contradiction entre l'universalité de la loi imposant aux femmes comme aux hommes la contribution personnelle, et l'universalité de la loi qui conduit à exclure les femmes de la jouissance des droits politiques⁶³⁸.

196. En outre, nombre de parlementaires remettent en cause les préjugés relatifs aux inégalités physiques et intellectuelles entre les hommes et les femmes, qui ne peuvent dès lors plus justifier de différence de traitement en matière d'accès aux droits politiques. Pour le député Jean Bon par exemple : « Aucune différence d'essence n'existe entre l'homme et la femme »⁶³⁹. Ils réfutent en tout état de cause la pertinence de l'argument de l'infériorité physique et intellectuelle des femmes, puisqu'en matière politique, ni la supériorité physique ni la supériorité intellectuelle ne sont des critères pertinents pour accéder aux droits politiques⁶⁴⁰. Le sénateur Louis Martin fait appel aux seuls critères dégagés par Lamartine en 1848 pour l'accession au suffrage universel : l'intérêt, la capacité et la moralité, tous trois remplis par les femmes au XX^e siècle⁶⁴¹. Ferdinand Buisson, dans son rapport de 1909, affirme en outre que les différences supposées en termes d'intelligence entre les femmes et les hommes ne sauraient constituer une justification pour un traitement différencié en matière de droits politiques, puisque la valeur intellectuelle des hommes n'est pas prise en compte par le droit pour établir une telle inégalité⁶⁴².

197. L'évolution des mœurs, rendant l'égalité politique inévitable pour certains parlementaires, prend également la forme de l'accession croissante des femmes aux droits politiques dans la

⁶³⁵ Le sénateur Jenouvrier, lors de la séance du 23 juin 1932, p. 937.

⁶³⁶ Le député Merlin, lors de la séance du 8 mai 1919, p. 2240.

⁶³⁷ BOUGLÉ-MOALIC Anne Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, *op. cit.*, p. 52.

⁶³⁸ CE, 8 avril 1881, *Demoiselle Hubertine Auclert*, n° 57-520, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, 1881, p. 419.

⁶³⁹ Débats parlementaires, séance du 20 mai 1919, p. 2349. Pour le député Doizy, lors de la séance du 8 mai 1919, p. 2234 : « Nous pensons que les personnes d'esprit juste abandonneront totalement, dans l'avenir, le critérium du sexe pour ne plus reconnaître que celui de la compétence et de la vertu, "des vertus et des talents", comme dit notre immortelle déclaration des droits ».

⁶⁴⁰ Le député Bracke, lors de la séance du 8 mai 1919, p. 2232.

⁶⁴¹ Débats parlementaires, séance du 23 juin 1932, p. 939.

⁶⁴² BUISSON Ferdinand, Rapport fait au nom de la Commission du suffrage universel, sur la proposition de loi de M. Dussaussoy tendant à accorder aux femmes le droit de vote dans les élections aux Conseils municipaux, aux Conseils d'arrondissement et aux Conseils généraux, précité, p. 50.

plupart des autres États, notamment européens, qualifiés de pays « civilisés »⁶⁴³. Cet argument est repris dans presque toutes les interventions en faveur de l'ouverture des droits politiques : l'égalité politique est considérée comme un progrès démocratique, que la France ne saurait méconnaître au risque « d'être à la remorque des autres pays »⁶⁴⁴ et de remettre en cause son « prestige » en matière de droits de l'homme. Les parlementaires utilisent du reste de nombreux exemples étrangers pour montrer que la reconnaissance du vote des femmes n'a eu aucune conséquence néfaste au sein de ces États⁶⁴⁵. Le sénateur Saint-Maur prend l'exemple de la Belgique, qui autorise depuis 1920 les femmes à voter pour les élections communales : « On appréhendait, là aussi, qu'elles se portassent vers quelque chose d'extrême. Qu'ont-elles fait ? Elles ont voté avec la plus grande modération, en somme, et nulle catastrophe ne s'est produite »⁶⁴⁶. Il s'agit ici de montrer la non-pertinence du sexe dans la façon de voter, les parlementaires français opposés au suffrage féminin invoquant souvent le risque de l'influence cléricale sur le vote des femmes.

198. L'argumentaire des parlementaires favorable au droit de suffrage et d'éligibilité des femmes tend par conséquent à remettre en cause les représentations des rôles de genre, de deux façons. D'une part, il s'agit de montrer que les soi-disant différences physiques et intellectuelles entre les sexes n'ont pas de pertinence en matière d'exercice des droits politiques. D'autre part, l'évolution de la situation des femmes dans la société les a menées aux mêmes fonctions que les hommes, par le travail et l'instruction, les rendant aussi capables que les hommes d'exercer leurs droits politiques. Les parlementaires soulignent du reste que les femmes sont déjà présentes sur la scène politique.

199. **La participation des femmes à la vie politique.** Si la présence des femmes sur la scène politique pouvait déjà être constatée sous l'Ancien régime⁶⁴⁷ et à la Révolution française⁶⁴⁸, ce

⁶⁴³ Voir l'intervention de Jules Siegfried lors de la séance du 8 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2238.

⁶⁴⁴ Le sénateur Martin lors de la séance du 7 novembre 1922, p. 1301 : « Pour tous ces pays qui ont réalisé ce progrès, où le pouvoir est entre les mains des femmes et des hommes qui ont donné le suffrage aux femmes, pour tous ces pays qui considèrent qu'il y a là un progrès nécessaire, un progrès par lequel devront passer tous les peuples, nous sommes des retardataires et le prestige que la France tirait de ce qu'elle avait toujours précédé les autres est cruellement atteint chez eux ».

⁶⁴⁵ BOUGLÉ-MOALIC Anne Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, *op. cit.*, p. 216.

⁶⁴⁶ Débats parlementaires, séance du 14 novembre 1922, p. 1342. Le même argument est utilisé par le sénateur Bachelet qui prend l'exemple de l'Espagne, lors de la séance du 23 juin 1932, p. 943 : « Que conclure de cette comparaison ? Toutes les fois où il a été possible de faire quelques constatations, on s'est aperçu que les votes féminins suivaient de très près les votes masculins ».

⁶⁴⁷ Voir sur ce point AZIMI Vida, « L' "exhérédateur politique" de la femme par la Révolution », *op. cit.*, p. 180. Sous l'Ancien Régime, certaines femmes détiennent des prérogatives politiques et électorales. Ainsi, dans le droit féodal du haut Moyen Âge, les femmes héritières de fiefs rendaient la justice, participaient aux séances des parlements, pouvaient lever les impôts ou battre monnaie, la souveraineté étant rattachée dans ce cas à la propriété. Les femmes participaient également, dans nombre de régions, aux élections des députés participant aux états généraux. En 1787, le règlement provisoire des assemblées provinciales continue de reconnaître ce pouvoir électoral des femmes, qui est repris par le règlement du 24 janvier 1789 relatif aux élections des états généraux.

n'est qu'au XX^e siècle qu'une telle présence sert de « preuve » au législateur pour arguer de la capacité des femmes à exercer les droits politiques. Toutefois, l'autorisation à exercer les droits politiques est variable et est rarement accordée de manière totale comme pour les hommes : parfois le droit de vote est accordé, parfois seule l'éligibilité est reconnue ou encore l'exercice de charges publiques non électives (ministre).

200. Il est ainsi notable que les femmes accèdent en partie à la sphère politique à travers leur présence au sein des partis politiques⁶⁴⁹. Surtout, certains partis, et en particulier le parti communiste, présentent des candidatures féminines dans leurs listes, parfois en position éligible, ce qui permet l'élection de huit femmes à Paris aux élections municipales de 1925, dont six communistes⁶⁵⁰. Malgré l'annulation par le Conseil d'État des élections des conseillères municipales de Villejuif⁶⁵¹ et du quartier de Necker à Paris⁶⁵², plusieurs d'entre elles conservent leurs fonctions, dont l'une jusqu'à la fin de son mandat⁶⁵³. Par ailleurs, certains maires autorisent les femmes à participer aux élections municipales de 1935, comme à Dax ou à Villeurbanne, et d'autres nomment des femmes pour participer aux conseils municipaux, à l'instar de Brest, Dijon, Brive-la-Gaillarde ou Valenciennes⁶⁵⁴. Les modalités de participation des femmes à la vie politique varient cependant d'une commune à l'autre : dans certaines villes, les femmes conseillères sont simplement nommées par le conseil municipal élu ; dans d'autres, elles sont élues, soit par des hommes uniquement, comme à Villeurbanne, soit par des femmes uniquement, comme à Dax,

⁶⁴⁸ Les femmes participent aux événements révolutionnaires et à la vie publique de la cité, en tant qu'émeutières et dans les tribunes, les clubs politiques, les salons, par le biais de correspondances, de pamphlets, ou encore de pétitions, mais aussi par l'écriture. Des brochures écrites par des femmes requièrent ainsi l'amélioration des conditions de vie des femmes, notamment grâce à l'instruction permettant un meilleur accès au travail. C'est par exemple le cas de la *Pétition des femmes du Tiers-État au Roi*, du 1^{er} janvier 1789, qui ne revendiquent pas des droits politiques immédiats, mais une instruction suffisante (DUHET Paule-Marie, *Les femmes et la Révolution. 1789-1794*, Paris, Gallimard/Julliard, 1971, p. 32-33). Les femmes sont présentes dans l'espace public lors des manifestations révolutionnaires, notamment les 5 et 6 octobre 1789 lorsqu'elles marchent, armées, jusqu'à Versailles, au château du roi et de la reine et à l'Assemblée Nationale où elles présentent une pétition réclamant du pain. Elles sont également présentes dans les tribunes de la Convention lors du coup d'État du 31 mai et 2 juin 1793, sous le nom de « tricoteuses ». En outre, certaines femmes se réunissent en une trentaine de clubs, à Paris et dans toutes les régions, à partir de 1789, car les clubs des Jacobins ou Cordeliers ne sont pas ouverts aux femmes, qui peuvent seulement assister aux séances sans prendre la parole (GODINEAU Dominique, *Citoyennes tricoteuses*, Paris, Éditions ALINEA, PERRIN, 2004, p. 110). Les militantes populaires établissent des pétitions à l'Assemblée afin de s'affirmer en tant que citoyennes. Ainsi, le 6 mars 1792, Pauline Léon fait part aux députés d'une pétition signée par 319 femmes réclamant l'organisation d'une garde nationale féminine « au nom de la Déclaration des droits qui s'applique aux hommes et aux femmes » signe d'un engagement politique fort (GODINEAU Dominique, « De la guerrière à la citoyenne. Porter les armes pendant l'Ancien Régime et la Révolution française », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, n° 20, 2004, mis en ligne le 4 juin 2005, consulté le 26 mars 2015. URL : <http://clio.revues.org/1418> ; DOI : 10,4000/clio.1418).

⁶⁴⁹ BOUGLÉ-MOALIC Anne Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, *op. cit.*, p. 247.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 266.

⁶⁵¹ CE, 5 janvier 1926, *Dame Chapon, Recueil des arrêts du Conseil d'État*, Tome 96, 2^e série, 1926, p. 253.

⁶⁵² CE, 28 juillet 1926, *Dame Burudeau, Recueil des arrêts du Conseil d'État*, Tome 96, 2^e série, 1926, p. 798.

⁶⁵³ Il s'agit de Mme Variot, à Malakoff, BOUGLÉ-MOALIC Anne Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, *op. cit.*, p. 267.

⁶⁵⁴ BOUGLÉ-MOALIC Anne Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, *op. cit.*, p. 284-285 : « Les municipalités concernées, souvent très radicales, ont dû créer en dehors du cadre légal les conditions et les modalités de l'expérience qui diffèrent donc d'une ville à l'autre. Plusieurs villes comme Reims, Valenciennes ou Périgueux, choisissent simplement de faire nommer des conseillères par le conseil municipal élu. Dans d'autres villes, le corps électoral joue un rôle direct dans cette expérience en élisant des femmes ».

selon une logique tout à fait différencialiste⁶⁵⁵, soit par des hommes et des femmes comme à Louviers⁶⁵⁶. Seule cette dernière modalité relève par conséquent d'une égalité politique comprise comme indifférenciation entre hommes et femmes.

201. Les parlementaires soulignent en outre, en 1936, la présence de trois « ministresses »⁶⁵⁷ au sein du gouvernement, nommées par Léon Blum, certes seulement à des postes de sous-secrétaires d'État non stratégiques⁶⁵⁸. Mais bien que le chef du gouvernement Blum inscrive ces nominations comme une étape vers l'égalité des sexes⁶⁵⁹, les sous-secrétaires d'État en question, et notamment Cécile Brunshvicg, pourtant secrétaire de l'Union française pour le suffrage des femmes, ne se prononcent pas publiquement en faveur des droits politiques des femmes une fois au gouvernement. De manière générale, le gouvernement ne prend l'initiative d'aucun projet de loi ou n'intervient devant le Sénat pour se prononcer en faveur des droits politiques des femmes⁶⁶⁰, malgré les demandes des députés en ce sens, par le biais de résolutions⁶⁶¹. Toutefois, si ce constat ne concerne pas directement la question du vote et de l'éligibilité, il participe à l'argumentaire selon lequel les femmes sont également capables de gérer les affaires publiques.

202. Les arguments en faveur de la reconnaissance juridique des droits politiques des femmes se fondent donc en partie sur une approche universaliste, l'inclusion des femmes dans la sphère des citoyens étant considérée comme un achèvement du suffrage universel et partant, comme une amélioration de la démocratie. Il s'agit également de prendre acte de l'indifférenciation progressive des situations entre hommes et femmes, à travers l'évolution des rôles de genre dans la société, qui conduit à rendre légitime, pour certains parlementaires, la reconnaissance par le droit de la présence des femmes dans l'espace public.

203. Malgré tout, la plupart des acteurs politiques suffragistes n'entendent pas pour autant remettre en cause les rôles sociaux d'épouses et de mères des femmes au sein de la sphère privée.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 285-286 : « Leur désignation doit se faire au scrutin de liste par le corps électoral féminin de Dax, dont le critère principal est l'âge minimal de 25 ans. Il s'agit à la fois d'utiliser les compétences spécifiquement féminines tout en participant à l'éducation politique des femmes ».

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 285.

⁶⁵⁷ Le sénateur Marin, lors de la séance du 30 juillet 1936, p. 2222.

⁶⁵⁸ RAUZDUEL Sainte-Croix, « Du cens à la parité : la conquête féminine pour le droit de vote », *Les cahiers du droit*, vol. 41, n° 4, 2000, p. 745-780. Il s'agit d'Irène Joliot-Curie, sous-secrétaire d'État à la Recherche scientifique, de Suzanne Lacore, à la protection de l'enfance, et de Cécile Brunshvicg, à l'Éducation nationale.

⁶⁵⁹ Déclaration de Léon Blum du 23 mai 1937 : « En prenant deux femmes au sein du gouvernement, le parti socialiste a virtuellement réalisé l'égalité des sexes. Mais ce paradoxe, qui veut que les femmes puissent être ministres sans être députés, ne peut durer et ne durera pas », cité par BARD Christine, *Les filles de Marianne. Histoire des féminismes, 1914-1940*, op. cit., p. 355.

⁶⁶⁰ Par exemple, le sénateur Merlin, lors de la séance du 16 novembre 1922, p. 1360, qui souhaite entendre la voix du gouvernement sur le sujet.

⁶⁶¹ DU ROY Albert et Nicole, *Citoyennes ! Il y a cinquante ans, le vote des femmes*, op. cit., p. 112.

Certains se limitent à l'extension des droits politiques uniquement aux femmes non mariées⁶⁶². D'autres envisagent d'accorder de façon partielle le droit de vote aux femmes, de façon à permettre de concilier le rôle social des femmes au sein de la famille et leurs droits politiques⁶⁶³. Il en va de même s'agissant de l'éligibilité : certains admettent l'éligibilité des femmes uniquement dans les conseils municipaux, car les fonctions locales ne relèvent pas de la politique, mais de la simple administration⁶⁶⁴, qui convient au modèle de « la femme » pensé par le législateur⁶⁶⁵. Cette conception des droits politiques conduit par conséquent à appréhender les femmes non pas en fonction de leur similitude avec les hommes et de leur individualité, mais surtout en fonction de leur rôle au sein de la famille. Le maintien de la différence de genre au sein du foyer conduit ainsi nombre de parlementaires à invoquer des arguments différentialistes, utilitaristes, fondés sur les spécificités féminines, en faveur de l'ouverture des droits politiques aux femmes.

B. Les arguments différentialistes : une démocratie genrée

204. La remise en cause, dans le discours de certains parlementaires, de la frontière entre sphère privée et sphère publique, qui a conduit à exclure les femmes de cette dernière, va de pair avec une valorisation des qualités dites féminines au sein de la sphère publique – sans forcément remettre en cause les rôles de genre au sein de la sphère privée. Ainsi, l'égalité politique est considérée, dans ces discours, non comme la négation de la différence et de la complémentarité des sexes. Bien au contraire, ces discours insistent sur la complémentarité des rôles de genre pour légitimer l'égalité politique.

205. **Les spécificités féminines essentielles à la vie politique.** La plupart des parlementaires favorables aux droits politiques des femmes développent l'argument selon lequel

⁶⁶² Parmi de multiples exemples, Hubertine Auclert adresse par exemple une pétition à la Chambre des députés en 1886 pour que les droits civiques soient accordés aux femmes veuves ou célibataires, « dont les intérêts ne sont représentés par personne » (débats parlementaires, séance du 25 octobre 1886 à la Chambre des députés, p. 1654). Mais le législateur énonce que si l'argument « ne manque pas d'une certaine valeur », cette proposition, une fois introduite dans la législation, « ne manquerait pas d'y prendre une dangereuse extension » en risquant d'être à l'origine de revendication des femmes dans toutes les instances de représentations. Dès lors, « la commission ne veut pas s'appesantir sur les graves inconvénients d'origine morale ou physiologique qu'entraînerait une telle innovation ». Le législateur refuse ainsi cette solution intermédiaire qui accentuerait les inégalités de genre en inscrivant une différence de traitement explicite entre femmes mariées et femmes non mariées, sans toutefois retenir un tel argument pour s'y opposer.

⁶⁶³ Par exemple, le député Dussossoy, propose en premier lieu, de distinguer entre le droit de vote et l'éligibilité, et de n'accorder que le premier aux femmes, la fonction politique n'étant pas compatible avec les fonctions de mère et d'épouse. En second lieu, il souhaite permettre aux femmes de voter, mais seulement dans le cadre des élections de moindre envergure, pour élire les conseillers municipaux, d'arrondissement et généraux, et non les députés (BUISSON Ferdinand, Rapport précité, p. 54).

⁶⁶⁴ Voir par exemple le député Berthod lors de la séance du 7 avril 1925 à la Chambre des députés, *JORF*, p. 2102 : « La commission désire que nous commençons la réforme relative au suffrage des femmes en donnant le droit de vote aux femmes uniquement dans les élections qui n'ont pas un caractère politique [...] On peut considérer que les élections municipales n'ont pas un caractère politique ».

⁶⁶⁵ BUISSON Ferdinand, Rapport précité, p. 52 : « Précisément, l'administration est le propre de la femme ; toutes les fois qu'il ne s'agit pas de sa toilette, elle est du parti des économies. Presque toujours elle combattra les impositions extraordinaires et les emprunts. Elle n'a pas, comme l'homme, l'orgueil de construire des édifices et généralement elle ne décerne pas encore des statues. Son insinuation dans les affaires municipales sera bienfaisante ».

l'inclusion des femmes dans la sphère des citoyens permettrait, dans une perspective utilitariste, l'amélioration de la démocratie – d'un point de vue plus qualitatif que quantitatif – par l'apport, dans la sphère publique, des qualités féminines développées au sein de la sphère domestique. Cet argument est du reste déjà développé au XIX^e siècle par les féministes issues des mouvements saint-simoniens et fouriéristes, telles qu'Eugénie Niboyet, Jeanne Deroin, Désirée Gay, Louise Colet ou Adèle Esquiros, qui fondent à partir de 1848 des journaux comme *La Voix des femmes*, *L'opinion des femmes* ou *La politique des femmes*⁶⁶⁶. Selon cette conception, les femmes exerceraient leur droit de suffrage et leur mandat différemment des hommes, du fait de leur tempérament spécifique et de leur inclination « naturelle » vers certains sujets méconnus des hommes, comme les politiques sanitaires et sociales. La collaboration des femmes permettrait alors d'améliorer le processus démocratique, comme l'affirme Fernand Merlin : « La collaboration de la femme est indispensable au fonctionnement de nos œuvres sanitaires et au relèvement de la France »⁶⁶⁷. Ainsi, nombre de parlementaires utilisent, pour soutenir leur raisonnement, le champ lexical de la différence des sexes, fondée sur la complémentarité des rôles de genre⁶⁶⁸. Il s'agit d'étendre cette complémentarité, déjà présente dans la famille, à la sphère publique : « Nous considérons la commune, le département, comme le foyer agrandi »⁶⁶⁹. Les parlementaires prônent donc davantage l'élargissement du rôle traditionnel des femmes – mères et épouses – à la sphère publique, qu'une remise en cause des rôles de genre au sein de la sphère privée⁶⁷⁰.

206. La prise en compte de la spécificité des femmes et de la complémentarité des sexes sur le plan politique, s'effectue en deux temps dans le discours des parlementaires : il s'agit de mettre en valeur, d'abord, le tempérament des femmes, bénéfique à la vie politique, et, ensuite, de souligner leur prédisposition à traiter certains sujets lors de l'élaboration des lois. Ces deux aspects rendent la participation des femmes à la vie politique bénéfique à la société. En premier lieu, certains se fondent sur les qualités particulières des femmes et la sensibilité féminine pour défendre le droit de suffrage pour les femmes⁶⁷¹ et ainsi enrichir la vie politique française⁶⁷². La douceur des

⁶⁶⁶ Voir sur cette question SCOTT Joan, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, op. cit., p. 104.

⁶⁶⁷ Débats parlementaires, séance du 16 novembre 1922 au Sénat, p. 1360.

⁶⁶⁸ Le député Merlin, lors de la séance du 8 mai 1919, p. 2240 : « Le vrai progrès est celui qui consiste à associer les deux sexes, l'homme et la femme, au lieu de favoriser leur indépendance et leur éloignement progressif ».

⁶⁶⁹ Le député Doizy, lors de la séance du 8 mai 1919, p. 2236.

⁶⁷⁰ Le député Doizy, lors de la séance du 8 mai 1919, p. 2236 : « On a toujours dit que la place de la femme était au foyer. C'est une vérité fondamentale contre laquelle personne ne peut s'élever ».

⁶⁷¹ BUISSON Ferdinand, Rapport précité, p. 50 : « Telle a été jusqu'ici la caractéristique générale de l'influence féministe : dans les mœurs, dans la vie de famille, à l'usine, à l'école, elle a introduit plus de justice, plus de prévoyance. Tout nous fait supposer que l'action des électrices dans les pays suffragistes, comme dans ceux qui le deviendront ultérieurement, aura ce même caractère qui tient à la nature même des préoccupations de la femme, de son sentiment et de son rôle normal dans la société ». Voir aussi l'intervention du député Pinard lors de la séance du 7 avril 1925 à la Chambre des députés, *JORF*, P. 2107 : « Il m'apparaît que c'est la femme qui accomplit la plus haute fonction sociale, puisqu'elle assure la pérennité de la nation [...] Je déclare que c'est quand la femme votera que nous aurons le plus de chance de voir disparaître cet abominable fléau que l'on appelle la guerre ».

femmes est également invoquée comme susceptible de bénéficier à l'intérêt général⁶⁷³. Cet argumentaire différencialiste repose sur le présupposé selon lequel les femmes ont naturellement une moralité supérieure à celle des hommes et respectent davantage les lois⁶⁷⁴. Les femmes détiendraient, de plus, un sens pratique, un esprit d'économie, dû à leur rôle de ménagère dans l'espace domestique, essentiel pour la gestion des deniers publics⁶⁷⁵. Certains parlementaires font également référence à la fonction maternelle inhérente, selon eux, à toutes les femmes, qui guiderait celles-ci dans leurs choix politiques⁶⁷⁶. De même, le tempérament des femmes les conduit, par leur prétendue « horreur du sang »⁶⁷⁷, à être hostiles aux conflits armés et favorables à la paix, ce qui constitue un argument de poids dans l'après-guerre⁶⁷⁸.

207. Le tempérament spécifique des femmes est caractérisé par la douceur, la bonté, la sensibilité, la non-violence, la sollicitude, le dévouement, en d'autres termes, des qualités de sollicitude que l'on retrouve aujourd'hui dans la notion de *care*⁶⁷⁹ – héritées naturellement ou construit par l'assignation juridique et sociale des femmes à la sphère domestique. Il rend les femmes, d'après les discours des parlementaires suffragistes, plus compétentes que les hommes pour décider de certains sujets lors de l'élaboration des lois. Ainsi, l'exercice de mandats politiques par des femmes permettrait l'amélioration de la législation sociale et relative à l'hygiène

⁶⁷² Voir l'intervention de Louis Martin lors séance du 7 novembre 1922 au Sénat, p. 1295 : « Le tort de la politique, c'est d'être masculine. Elle aurait besoin d'un tempérament féminin. L'homme est fort, il aime la force. De là le caractère sec et âpre de la politique. Mais il y a une chose qui vaut mieux que la force, c'est la bonté. Or, en fait de bonté, la femme ne craint pas de concurrence ».

⁶⁷³ Le sénateur Las Cases, lors de la séance du 30 juin 1932, p. 982 : « Ce qui fait la grande force de la femme, c'est le cœur. Unissez à la raison de l'homme, le cœur de la femme, et vous aurez le Gouvernement par excellence ». Voir aussi le sénateur Gourju lors de la séance du 7 novembre 1922 au Sénat, p. 1305. Les femmes entrées dans la vie politique à l'étranger « ont immédiatement provoqué par leur seule présence l'adoucissement des mœurs électorales, un choix plus pondéré des candidatures ».

⁶⁷⁴ Le sénateur Louis Martin, lors de la séance du 7 novembre 1922, p. 1295 : « C'est un principe admis partout que la moralité de la femme, non seulement est égale à celle de l'homme, mais lui est infiniment supérieure [...]. Si nous plaçons la moralité dans le respect de la loi, nous voyons que l'homme qui l'a faite, cette loi, la respecte infiniment moins que la femme, qui n'a pourtant pas contribué à son élaboration ».

⁶⁷⁵ Le sénateur Louis Martin, lors de la séance du 7 novembre 1922, p. 1299.

⁶⁷⁶ Le sénateur Louis Martin, lors de la séance du 7 novembre 1922, p. 1299 : « « Nous croyons, pour notre part, que l'action de la femme sera bonne est moralisatrice. Créée pour les grands devoirs de la maternité [...], ce à quoi la femme pensera en votant, ce qui déterminera son action et son rôle, ce sera l'avenir de son enfant, la pensée de cet enfant pour qui elle veut une société meilleure, des institutions plus sages, plus fraternelles ».

⁶⁷⁷ Le député Andrieux, lors de la séance du 20 mai 1919, p. 2352 : « La femme est bonne ; elle est meilleure que l'homme. Toute cruauté, toute violence lui répugne et dans l'ordre des conflits nationaux ou internationaux, elle jouera son rôle pacificateur. Elle contribuera à éviter les luttes entre les citoyens, les luttes entre les nations, parce qu'elle a horreur du sang ».

⁶⁷⁸ Débats parlementaires, séance du 16 novembre 1922 au Sénat, p. 1356 : « L'article essentiel du programme féministe de 1848 est déjà la suppression de la guerre [...]. Si elles avaient pu participer à la marche des affaires publiques et à l'orientation des gouvernements, quelle aurait été l'histoire de la France et de l'Europe ? Les batailles sans nombre qui se sont déroulées et qui ont causé tant de deuils n'auraient-elles pas été remplacées par des périodes de paix ? »

⁶⁷⁹ GILLIGAN Carol, *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Paris, Flammarion, 2008. Selon ce courant de pensée féministe, l'expérience spécifique des femmes les rendrait plus sensibles aux considérations pour autrui et à la vulnérabilité des individus. Il s'agirait dès lors de redéfinir l'idée de justice en prenant en compte cette valeur du *care*. C'est finalement l'idée retenue par les parlementaires suffragistes, qui voient dans la reconnaissance des droits politiques des femmes, la perspective d'intégrer davantage, au sein du processus politique et juridique, les questions sociales et sanitaires afin de préserver les plus démunis.

publique et favoriserait les politiques natalistes par la protection de la maternité⁶⁸⁰. Pour beaucoup, leur présence au sein des exécutifs locaux, dans les conseils municipaux et départementaux, permettrait une application effective des lois relatives à l'assistance, à la lutte contre l'alcoolisme ou contre la tuberculose, ou encore à l'encouragement de la natalité⁶⁸¹.

208. Cette approche de l'égalité des sexes fondée sur la prise en compte, dans l'espace public, de la complémentarité, a parfois conduit à une conception genrée du droit de vote fondé sur le rôle social spécifique de mère et d'épouse assigné aux femmes. Le genre, entendu comme l'assignation de rôles sociaux différenciés selon les sexes, sert en ce sens de justification à l'égalité des droits politiques – et non plus à l'inégalité des droits. Ainsi, lors de l'examen par le Sénat de la proposition de loi sur l'électorat et l'éligibilité des femmes le 21 novembre 1922, les sénateurs Louis Michel et Léon Roland soumettent un amendement prévoyant le droit de vote et d'éligibilité aux mères ayant eu trois enfants⁶⁸². Ils font valoir que les citoyens sont, dans toutes les constitutions françaises, considérés comme ceux qui servent la République et la « défendent au péril de leur vie »⁶⁸³. Or, si les femmes ne servent pas la patrie par une participation au service armé, elles contribuent en revanche au service civique par leur fonction de mère. Une mère de trois enfants est par conséquent reconnue comme citoyenne, car elle permet l'accroissement de la population et forme de futurs citoyens.

209. Les propositions visant à introduire un suffrage familial appréhendent également le droit de vote et d'éligibilité à partir du genre. Cette idée, certes marginale, s'exprime suite à la proclamation du suffrage universel en 1848, afin de s'opposer à l'individualisme en politique⁶⁸⁴. L'objectif de ces revendications est d'accorder le droit de vote uniquement aux hommes chargés de famille, à l'exclusion des hommes célibataires, ce qui permet la représentation de la famille en son entier et non de l'individu. Un autre système, celui du vote plural est doit permettre de confier à chaque membre de la famille un droit de suffrage, exercé, cependant, par les seuls

⁶⁸⁰ Le sénateur Fernand Merlin lors de la séance du 16 novembre 1922 au Sénat, p. 1356-1360 : « Pour protéger la race, elles lutteront contre l'alcoolisme, l'immoralité, la tuberculose, et la dépopulation ; pour la protection de l'individu, elles demanderont le développement intégral des enfants, filles et garçons, la défense et la protection des travailleuses et des travailleurs, manuels et intellectuels ; elles lutteront contre la vie chère par l'organisation et le développement des sociétés coopératives de production et de consommation ».

⁶⁸¹ Voir par exemple l'intervention de René Viviani, lors de la séance du 20 mai 1919 à la Chambre des députés, p. 2356 : « Il est des questions qui n'ont pas été résolues par nous, que pour notre humiliation nous avons tenues en suspens et qui sont vraiment de la compétence même de la femme. La loi sur la santé publique ? Elle n'est pas appliquée. Quelles mesures avons-nous prises pour la prophylaxie de la tuberculose ? Que faisons-nous contre ce fléau de l'alcoolisme qui corrode les cerveaux et les corps ? Et qu'est-ce que nous avons fait pour ce redoutable problème qui s'appelle le problème de la natalité ? »

⁶⁸² Débats parlementaires, séance du 21 novembre 1922 au Sénat, *JOFR*, p. 1374 : « Auront le droit de vote les femmes ayant au moins trois enfants ; seront éligibles les femmes ayant au moins cinq enfants ».

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 1374.

⁶⁸⁴ Voir notamment ANDRÉ Justin, *Suffrage universel dédié à la famille représentée par son chef le père de famille*, 1850, et COURBEBAILLON Alphonse, *Essai sur la théorie des élections. Système d'élections naturelles*, 1851, cités par VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, op. cit., p. 176.

membres de la famille ayant la qualité d'électeur⁶⁸⁵. Le suffrage familial et le vote plural sont présentés comme des avancées pour les droits politiques des femmes, car les intérêts des femmes et des enfants sont représentés par le chef de famille. Cette conception est d'ailleurs défendue par certaines féministes, comme Eugénie Niboyet, qui revendiquent davantage le droit des femmes à être représentées que le droit de vote : le chef de famille, par son rôle protecteur, défend les intérêts de toute la famille⁶⁸⁶. La prégnance de l'idée de complémentarité des sexes mène au postulat que les épouses partagent nécessairement les mêmes opinions politiques que leurs époux. Certains parlementaires s'inscrivent ainsi dans ce « courant familial », en considérant la nation comme une agrégation de famille⁶⁸⁷. Les femmes sont par conséquent, selon cette conception, incluses dans la nation et expriment indirectement leurs intérêts à travers le vote familial. Toutefois, l'argument du suffrage familial tend surtout à être invoqué, pendant les débats parlementaires, pour inscrire à l'agenda politique les préoccupations familialistes et natalistes, que dans une perspective féministe ; il sert ainsi d'argument pour refuser le droit de vote individuel aux femmes⁶⁸⁸. Cette approche est de surcroît minoritaire, de sorte qu'elle n'aboutit même pas à accorder une participation politique « indirecte » des femmes à travers le suffrage familial.

210. Les parlementaires s'appuient, par conséquent, sur une approche différencialiste de l'égalité, arguant de la nécessaire intégration, dans la sphère politique, des qualités inhérentes aux femmes. Ils tendent ainsi à valoriser la spécificité féminine, qui justifierait dès lors leur inclusion dans la communauté des citoyens, et non plus leur exclusion. Cette démarche est donc paradoxale, car elle a recours au même argumentaire fondé sur les spécificités féminines qui a conduit à la légitimation des inégalités juridiques. Mais c'est justement parce que l'argument de la spécificité ne tend pas à remettre en cause les rôles de genre, mais seulement à en contester le caractère inégalitaire en termes de jouissance des droits, que certains auteurs ont pu affirmer qu'il était celui qui avait le plus de chance d'être entendu par les parlementaires réticents⁶⁸⁹.

211. **Le maintien des rôles de genre au sein de l'universalisme.** Certains parlementaires tentent de convaincre les plus réticents d'entre eux à l'ouverture de la citoyenneté aux femmes, en faisant valoir que cette réforme ne conduirait pas à remettre en cause le rôle des femmes au sein

⁶⁸⁵ MILLARD Éric, *Famille et droit public. Recherche sur la construction d'un objet juridique*, Thèse pour le Doctorat de Droit public, Université Jean Moulin Lyon III, 1994, p. 331.

⁶⁸⁶ VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁸⁷ Le sénateur Massabuau, séance du 21 novembre 1922 au Sénat, *JOFR*, p. 1375 : « Si la nation est une agrégation de familles, le jour où vous aurez à défendre les droits de la nation, vous devrez les faire défendre par les intéressés, les familles ». Un amendement est ainsi proposé par le sénateur Breton, qui énonce que : « Tout chef de famille possède, en plus de son suffrage personnel, autant de suffrages qu'il a d'enfants mineurs » (p. 1378). S'agissant des députés, voir les propositions de loi d'Henry Rouleaux-Dugage à la Chambre des députés le 30 janvier 1920 (p. 92) et le 11 juillet 1932 (p. 2598) de Jules Lemire le 30 juillet 1920 (p. 3319) et le 19 décembre 1924 (p. 4681) et de Callies le 5 juin 1930 (p. 2414).

⁶⁸⁸ BOUGLÉ-MOALIC Anne Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, *op. cit.*, p. 272.

⁶⁸⁹ BARD Christine, « L'étrange défaite des suffragistes (1919-1939) », *op. cit.*, p. 235.

de la sphère domestique. À l'inquiétude de savoir si « la femme, mère avant tout, délaissera le berceau de son enfant, parce que, de loin en loin, elle sera appelée à exercer le vote électoral ? », le sénateur Louis Martin répond qu'aucun « sentiment n'est aussi fort, ni aussi puissant que celui de la maternité » et conclut que l'exercice des droits politiques est compatible avec le rôle de mère et d'épouse dans la famille et est même favorable à l'entente des époux entre eux⁶⁹⁰. De même, il conteste l'argument selon lequel, en participant aux élections, les femmes perdraient leur féminité et leur faculté de plaire aux hommes : « Assurément non, car le charme, la grâce, le désir de plaire, c'est le fond même de la nature de la femme »⁶⁹¹. Aristide Briand développe le même argument devant la Chambre des députés, en estimant que : « Dès que se pose la question de savoir si la femme vivra, sans désertir son foyer [...] dans son foyer, à côté de l'homme et dans la vie publique, à côté de l'homme, elle ne peut être résolue que par l'affirmative »⁶⁹². De ce point de vue, le genre serait maintenu, car les femmes n'abandonneraient pas leur rôle de « femme » en devenant électrices⁶⁹³.

212. Le maintien des rôles de genre traditionnels dans les discours des parlementaires conduit certains d'entre eux à retenir une conception genrée de la représentation démocratique. Ainsi, l'inclusion des femmes dans le corps des représentants permettrait aux femmes de défendre leurs propres intérêts en tant que femmes, et non en tant qu'individus⁶⁹⁴. Les arguments en faveur des droits politiques des femmes ne reposent donc pas majoritairement sur une conception individualiste de ces droits : il s'agit d'inclure les femmes, en tant qu'individus genrés investis d'une fonction sociale spécifique, au sein de la sphère des citoyens. L'égalité politique peut dès lors être appréhendée, dans ces discours, dans une perspective différencialiste, comme la revendication d'un universalisme genré.

213. L'analyse des débats parlementaires de la III^e République montre par conséquent que le processus de délégitimation de l'exclusion des femmes de la sphère politique repose sur une

⁶⁹⁰ Débats parlementaires, séance du 7 novembre 1922, p. 1299.

⁶⁹¹ Débats parlementaires, séance du 7 novembre 1922, p. 1299.

⁶⁹² Débats parlementaires, séance du 20 mai 1919, p. 2257. Voir également l'intervention de Fernand Merlin, lors de la séance du 16 novembre 1922 au Sénat, p. 1356 : « Et quant aux femmes de France, elles seront demain ce qu'elles ont été hier, de bonnes mères de famille, des femmes de foyer remplissant hautement leur devoir ».

⁶⁹³ Sur ce point, l'évolution des rôles de genre pendant la Première Guerre mondiale, prônée par les parlementaires pour asseoir leur argumentation suffragiste, convient d'être relativisée. L'historienne Françoise Thébaud a montré que, si la guerre a permis aux femmes d'occuper certaines responsabilités traditionnellement dévolues aux hommes et a ouvert de nouvelles opportunités professionnelles aux femmes, ces changements sont limités, pour plusieurs raisons. D'abord parce que le travail des femmes pendant la guerre relève avant tout d'une logique temporaire, de remplacement des hommes. La fin de la guerre marque un retour des femmes dans les foyers et aux métiers féminins. Ensuite, la fonction militaire reste dans les discours des parlementaires l'apanage des hommes, et la présence des femmes au front n'est valorisée que lorsqu'elle traduit la fonction de sollicitude dévolue traditionnellement aux femmes, telle que celle d'infirmière (THÉBAUD Françoise, « La grande guerre », in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident*, Vol. V, Paris, Plon, 1991, p. 68).

⁶⁹⁴ Voir, par exemple, l'intervention du député Andrieux, lors de la séance du 20 mai 1919, p. 2352 : « Je demande justice pour la femme afin qu'elle puisse défendre ses intérêts dans la lutte pour la vie ».

ambivalence : il est justifié à la fois sur le fondement de l'universalisme, dans sa forme inclusive, par l'intégration des femmes comme individus-citoyens, mais également et surtout sur celui du différencialisme, l'intégration des femmes étant alors justifiée par leur rôle social et leurs qualités spécifiques. Il s'agit avant tout, pour les suffragistes, d'insister sur la nécessité, pour parfaire le processus démocratique, d'y intégrer des qualités proprement féminines. La revendication d'un « universalisme genré » peut donc être appréhendée comme une réaction à l'illusion de neutralité induite par le suffrage universel : les normes relatives à la citoyenneté étant déjà neutres quant au critère du sexe, il convient, pour remédier à l'exclusion des femmes, de les intégrer explicitement, par une approche différencialiste.

214. Toutefois, cette approche différencialiste a conduit, selon certains auteurs, à retarder l'intégration des femmes dans la communauté des citoyens, en raison d'un fond politique dominé par le paradigme universaliste. Pierre Rosanvallon considère ainsi que la conception française du droit de suffrage, fondée sur l'universalisme abstrait, a en effet abouti à rejeter les revendications féministes s'appuyant sur les spécificités des femmes⁶⁹⁵. La rhétorique de la différence des sexes aurait de ce point de vue produit, au XIX^e siècle et pendant une partie du XX^e, l'effet inverse de celui escompté. D'une part, elle renforce l'idée des rôles de genre hiérarchisés et le confinement des femmes dans la sphère domestique ; d'autre part, elle s'oppose à l'inclusion des femmes comme individus dans la communauté des citoyens. Pour d'autres auteurs, l'argumentaire différencialiste est cependant celui qui avait le plus de chance de conduire à l'extension des droits politiques aux femmes, dans la mesure où il a précisément permis de maintenir l'attribution traditionnelle des rôles de genre⁶⁹⁶. Quoi qu'il en soit, force est de constater que l'argumentaire différencialiste perd de sa force au sortir de la Seconde Guerre mondiale, sans que cela n'aboutisse cependant à une totale indifférenciation des sexes dans l'attribution des droits politiques.

215. L'ambivalence de la reconnaissance juridique de l'égalité politique des sexes, entre universalisme et différencialisme, déjà présente sous la III^e République, persiste à la Libération.

⁶⁹⁵ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 522. Au contraire, dans les pays anglo-saxons, les revendications pour les droits politiques des femmes sont mieux accueillies et portent davantage leurs fruits (aux États-Unis, le dix-neuvième amendement à la Constitution des États-Unis est ratifié le 26 août 1920, et dispose que : « Le droit de vote des citoyens des États-Unis ne pourra être refusé ou restreint pour cause de sexe par les États-Unis ni l'un quelconque des États ». Au Royaume-Uni, une loi électorale de 1918 prévoit un droit de suffrage restreint pour les femmes – elles doivent avoir plus de trente ans et être propriétaires ou mariées à un propriétaire – qui est étendu en 1928 à toutes les femmes majeures de vingt et un ans. La Nouvelle-Zélande, l'Australie et le Canada accordent le droit de vote aux femmes respectivement en 1893, en 1902 et en 1918). La conception du processus électoral tend davantage à la représentation politique des intérêts des groupes qu'en France : « Le vote des femmes s'inscrit là dans une perspective de la représentation des spécificités : c'est en tant que femmes et non en tant qu'individus, qu'elles sont appelées aux urnes ». Alors que, dans les pays anglo-saxons, la prise en compte de la différence entre les sexes est perçue positivement, elle fonctionne, en France, de façon négative s'agissant de la représentation politique, empêchant les femmes d'être conçues comme des individus.

⁶⁹⁶ BARD Christine, « L'étrange défaite des suffragistes (1919-1939) », *op. cit.*, p. 235.

La proclamation de l'égalité politique des sexes, dans le droit préconstitutionnel de la IV^e République, signifie en ce sens à la fois la rupture avec les institutions de la III^e République et comme l'aboutissement des revendications suffragistes d'avant-guerre. Ces dernières se sont heurtées aux conflits institutionnels entre la Chambre des députés, majoritairement favorable à la réforme, et le Sénat, hostile à celle-ci. À la Libération, la volonté politique d'unité permet d'établir un consensus politique sur des questions telles que l'égalité politique entre les femmes et les hommes.

II. L'adoption de l'ordonnance du 21 avril 1944 accordant explicitement la citoyenneté aux femmes

216. L'ordonnance du 21 avril 1944 relative à l'organisation des pouvoirs publics en France après la Libération prévoit l'extension explicite du droit de vote et d'éligibilité aux femmes, pour les élections organisées dans la perspective de la mise en place de nouvelles institutions et d'une nouvelle constitution. L'article 1^{er} de l'ordonnance dispose ainsi que l'Assemblée nationale constituante sera élue par « tous les Français et Françaises majeurs, sous réserve des incapacités prévues par les lois en vigueur ». De même, l'appartenance au sexe féminin ne constitue plus une incapacité pour les élections aux conseils municipaux et départementaux, comme pour celles de l'Assemblée consultative provisoire. Les articles 17 et 21 proclament en ce sens que : « Les femmes sont électrices et éligibles dans les mêmes conditions que les hommes ». Si le terme « égalité » n'apparaît pas dans l'énoncé de l'ordonnance, les expressions « tous » et « mêmes conditions que » rendent compte de l'idée d'égalité, entendue comme un traitement juridique identique, ici en matière de vote et d'éligibilité. Pourtant, la proclamation de l'égalité s'est faite sans unanimité sur la question au sein de l'Assemblée consultative provisoire d'Alger à l'origine de l'élaboration de l'ordonnance de 1944. Elle repose sur une conception toujours ambivalente, qui hésite entre l'indifférenciation et la différenciation entre les femmes et les hommes.

217. **Des résistances au droit de vote intégral des femmes.** Bien que le général De Gaulle, en tant que chef du Comité national français, ait fait mention de l'ouverture des droits politiques aux femmes dès son discours sur le futur programme de réforme des institutions, le 23 juin 1942⁶⁹⁷, la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité intégral a tout de même suscité des résistances, de sorte que certains auteurs ont considéré la réforme comme le résultat d'un simple

⁶⁹⁷ Cité par DU ROY Albert et Nicole, *Citoyennes ! Il y a cinquante ans, le vote des femmes*, *op. cit.*, p. 242 : « Une fois l'ennemi chassé du territoire, tous les hommes et toutes les femmes de chez nous éliront l'Assemblée nationale qui décidera souverainement des destinées du pays ».

« concours de circonstances plus que d'une volonté »⁶⁹⁸. En effet, lors des débats de l'Assemblée consultative provisoire d'Alger, la commission de législation en charge de la réforme de l'État se prononce uniquement en faveur du droit de vote des femmes aux élections de l'Assemblée nationale constituante. Elle refuse d'inscrire dans la réforme la participation des femmes aux élections municipales et départementales, estimant que la décision revient à la future Assemblée nationale constituante⁶⁹⁹. La Commission se fonde ainsi sur la distinction entre, d'une part, le droit préconstituant, provisoire par définition puisqu'il vise à « fixer les modalités de production de la constitution définitive »⁷⁰⁰ et, d'autre part, la constitution définitive, qui énonce les règles d'organisation ordinaire des pouvoirs étatiques, telles que celles relatives aux élections des assemblées locales. L'ordonnance de 1944, que l'on peut qualifier de constitution matérielle, puisqu'elle est relative à l'organisation des pouvoirs publics, ne serait cependant qu'une « petite constitution »⁷⁰¹, du droit constitutionnel transitoire ne reposant pas, selon la Commission, sur la légitimité d'une assemblée constituante élue par le pouvoir constituant originaire, le peuple. Dès lors, les auteurs de l'ordonnance de 1944 n'auraient pas la compétence légitime pour décider de la question du droit de vote et d'éligibilité des femmes aux élections ordinaires, mais uniquement, en tant qu'auteurs d'une norme préconstituante, pour les élections à l'Assemblée constituante⁷⁰².

218. Mais il n'est pas non plus question, pour beaucoup, de permettre aux femmes de voter aux élections provisoires ayant lieu durant la Libération. Selon le président de la Commission Giacobbi et André Hauriou, cela créerait en effet un déséquilibre au sein du corps électoral, au profit des femmes, beaucoup d'hommes n'étant pas revenus de la guerre ou des camps de prisonniers⁷⁰³. Le moment n'est donc pas opportun, selon eux, pour inclure les femmes dans le

⁶⁹⁸ DU ROY Albert et Nicole, *Citoyennes ! Il y a cinquante ans, le vote des femmes*, *op. cit.*, p. 257.

⁶⁹⁹ Compte rendu analytique des débats de l'Assemblée consultative provisoire [Alger], *JORF*, séance du 22 mars 1944, p. 6 : « La Commission avait envisagé le vote des femmes. Si elle n'a pas retenu cette solution, c'est qu'elle a considéré qu'elle devait seulement établir les règles d'organisation de la prochaine Assemblée constituante, sans préjuger des modalités futures des élections qui seront déterminées par l'Assemblée constituante elle-même ».

⁷⁰⁰ CARTIER Emmanuel, « Les petites constitutions : contribution à l'analyse d'un droit constitutionnel transitoire », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/3, n° 71, p. 515.

⁷⁰¹ La notion de « petite constitution » est utilisée par la doctrine pour désigner les normes provisoires et fondatrices, qui, lors de la succession de deux ordres juridiques, établissent les modalités de production des normes formellement constitutionnelles du nouvel ordre juridique. Voir PRELOT Marcel, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1949 ; PFERSMANN Otto, *in* FAVOREU Louis, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2003 ; CARTIER Emmanuel, « Les petites constitutions : contribution à l'analyse d'un droit constitutionnel transitoire », *op. cit.*

⁷⁰² Voir l'intervention de Valentino, lors de la séance du 24 mars 1944, p. 3 : « Pour la Constituante, il s'agit de fixer de nouvelles règles pour la Constitution et les femmes doivent participer au vote. Mais nous ne sommes pas une assemblée législative, nous ne pouvons bousculer la légalité républicaine ».

⁷⁰³ Compte rendu analytique des débats de l'Assemblée consultative provisoire [Alger], *JORF*, séance du 24 mars 1944, p. 2 : « Quels que soient les mérites des femmes, est-il bien indiqué de remplacer le suffrage universel masculin par le suffrage universel féminin ? ».

corps électoral, d'autant que la confection de nouvelles listes électorales prendrait trop de temps pour des élections devant avoir lieu promptement⁷⁰⁴.

219. En revanche, les articles relatifs à la seule éligibilité des femmes dans les conseils municipaux (article 5) et généraux (article 14) sont adoptés sans discussion par l'Assemblée⁷⁰⁵. En effet, cette question suscite moins de réticence dès lors que les femmes sont déjà présentes au sein d'assemblées représentatives : ainsi, des résistantes, comme Marthe Simard et Lucie Aubrac, sont membres de l'Assemblée consultative, et le régime de Vichy comptait déjà des femmes au sein des conseils municipaux⁷⁰⁶. De plus, l'éligibilité des femmes n'a pas d'effet sur l'extension et le déséquilibre du corps électoral, qui constitue la raison principale d'opposition au droit de vote des femmes.

220. La reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité à toutes les élections est, à cause de la réticence de la Commission, due à un simple amendement proposé par Fernand Grenier du Parti communiste⁷⁰⁷, adopté en scrutin public par cinquante et une voix contre seize. La majorité des membres de l'Assemblée sont ainsi favorables à la réforme. L'argumentaire développé par les auteurs de l'ordonnance de 1944 en faveur du droit de vote et d'éligibilité des femmes diffère de celui employé sous la III^e République par les parlementaires suffragistes, en ce que les arguments différentialistes et utilitaristes n'apparaissent pas lors des débats de 1944. Cependant, si l'argumentaire universaliste semble justifier à lui seul l'égalité politique entre les sexes (A), ni l'énoncé de l'ordonnance de 1944 ni son application lors des premières élections ne permettent de conclure à une totale indifférenciation des droits politiques au regard du sexe (B).

A. Le renouvellement de la démocratie par l'inclusion des femmes comme individus-citoyens

221. L'ouverture des droits politiques aux femmes peut avant tout être lue comme une rupture avec les institutions de la III^e République et du régime de Vichy, l'inclusion des femmes comme individus-citoyens servant alors de nouvelle base à la démocratie par l'extension du corps électoral : «Le vote des femmes marque la fin d'une république obsolète et l'avènement d'un régime plus moderne»⁷⁰⁸.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 2.

⁷⁰⁵ Compte rendu analytique des débats de l'Assemblée consultative provisoire [Alger], *JORFI*, séance du 24 mars 1944, p. 1.

⁷⁰⁶ BOUGLÉ-MOALIC Anne Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, *op. cit.*, p. 304. La loi provisoire du 16 novembre 1940 prévoit que « dans chaque municipalité doit siéger une femme qualifiée pour s'occuper des œuvres d'assistance et de bienfaisance ».

⁷⁰⁷ L'article 1^{er} reconnaissant le droit de vote et d'éligibilité aux Françaises pour l'élection de l'Assemblée nationale constituante est quant à lui adopté suite à l'amendement de Robert Prigent.

⁷⁰⁸ SCOTT Joan, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 218.

222. **Rompre avec la III^e République et Vichy.** L'argument le plus présent dans les discours parlementaires en faveur de l'ouverture des droits politiques aux femmes est la volonté de se départir des blocages institutionnels de la III^e République, dont les échecs répétés des projets visant à accorder le droit de vote aux femmes est emblématique⁷⁰⁹. Selon Sarah Bouglé-Moalic, l'argument aurait même fait basculer le débat en faveur de l'adoption de la réforme, le Gouvernement provisoire et l'Assemblée consultative ayant pour objectif de mettre fin à la guerre, mais aussi d'établir de nouvelles institutions⁷¹⁰. En effet, la question de la réforme des institutions se trouve au cœur des débats de l'après-guerre, celles-ci ayant conduit à la défaite de 1940 et à la « déchéance de la République »⁷¹¹ par la mise en place du régime de Vichy à partir du 10 juillet 1940. Comme l'affirme Fernand Grenier : « Si le peuple est dressé irréductiblement contre Vichy, cela ne veut pas dire qu'il ait oublié les tares du régime d'avant-guerre. Ce serait une folie d'adopter les méthodes de Vichy, mais ce serait une autre folie de suivre les errements antérieurs »⁷¹². Or, l'une des manifestations des dysfonctionnements des institutions se trouve précisément dans l'inertie et la résistance du Sénat durant la III^e République quant à l'ouverture des droits politiques aux femmes. Robert Prigent montre ainsi sa volonté de dépasser les blocages du Sénat, manifestés par le refus d'inscription de la question des droits politiques des femmes à l'ordre du jour : « Il ne faut pas renvoyer cette mesure aux calendes grecques, comme on l'a toujours fait dans les années qui ont précédé cette guerre »⁷¹³. Les parlementaires entendent ainsi renforcer les bases démocratiques du nouveau régime, à travers un changement institutionnel passant notamment par l'extension du corps électoral.

223. **Réaffirmer la démocratie par l'inclusion des femmes.** Le gouvernement provisoire – le Comité français de Libération nationale – tend à asseoir sa légitimité par le rétablissement des principes républicains. Il s'agit, dès lors, de mettre en place de nouvelles bases démocratiques et républicaines, le gouvernement de Vichy ayant ôté toute place à la volonté nationale dans la désignation des institutions dès les premiers actes pris en vertu de la loi constitutionnelle du 10

⁷⁰⁹ Voir l'intervention de Louis Vallon, lors de la séance du 24 mars 1944, p. 3 : « Je retrouve dans ce débat les traditions de l'ancien Parlement français dans ce qu'elles avaient de plus détestable. À maintes reprises, le Parlement s'est prononcé à la quasi-unanimité pour le principe du vote des femmes, mais chaque fois, l'on s'est arrangé par des arguments de procédure pour que la réforme n'aboutisse pas ».

⁷¹⁰ BOUGLÉ-MOALIC Anne Sarah, *Le vote des Françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, op. cit., p. 313. La question de la continuité ou de la rupture avec les institutions de la III^e République n'est du reste pas limitée à celle des droits politiques des femmes, puisqu'elle irrigue tout le débat sur l'organisation des pouvoirs publics et est soumise au peuple par le référendum du 21 octobre 1945.

⁷¹¹ Voir l'intervention du rapporteur de la Commission de législation et de réforme de l'État, Dumesnil de Grammont, lors de la séance du 21 janvier 1944, p. 1, montrant une volonté de ne pas rétablir le Parlement de 1939, en ce que deux tiers des parlementaires « ont trahi leurs devoirs et leur charge en proclamant en 1940 la déchéance de la République ».

⁷¹² Compte rendu analytique des débats de l'Assemblée consultative provisoire [Alger], *JORF*, séance du 21 janvier 1944, p. 1.

⁷¹³ Compte rendu analytique des débats de l'Assemblée consultative provisoire [Alger], *JORF*, séance du 22 mars 1944, p. 6.

juillet 1940⁷¹⁴. Les membres de l'Assemblée consultative provisoire affirment ainsi « la restauration de la démocratie, la consultation du peuple tout entier pour les élections à la Constituante et l'ouverture d'élections communales et départementales à la Libération »⁷¹⁵. Or, le « peuple tout entier » apparaît dorénavant, dans les discours préconstituants, comme incluant à la fois les hommes et les femmes⁷¹⁶. Le renouvellement des principes démocratiques comprend ainsi, de façon évidente, l'inclusion des femmes dans la communauté des citoyens, dans une logique d'extension du corps électoral. Les discours en faveur des droits politiques des femmes établissent donc un lien entre cette réforme et la sauvegarde de la République, comme l'affirme déjà la féministe Maria Vérone en 1935 : « Ceux qui, en repoussant indéfiniment les femmes, prétendent sauver le régime, finiront par tuer la République »⁷¹⁷.

224. Dans cette même logique d'extension, l'ordonnance du 7 mars 1944 prévoit l'égalité des droits, et notamment des droits politiques, entre les Français d'Algérie de statut de droit local (musulmans) et les Français non musulmans, certes dans des collèges électoraux séparés. Toutefois, si l'égalité politique se manifeste dans sa dimension inclusive pour les hommes français musulmans d'Algérie, force est de constater qu'elle joue encore dans sa dimension exclusive s'agissant des femmes françaises musulmanes d'Algérie, qui ne bénéficient pas de l'extension prévue par l'ordonnance du 7 mars 1944 (article 3) en tant que musulmanes, ni de celle prévue par l'ordonnance du 21 avril 1944 en tant que femmes⁷¹⁸. Dès lors, la logique démocratique et universaliste qui sous-tend l'inclusion des femmes dans le corps électoral se manifeste là encore par l'exclusion d'une certaine catégorie de femmes. Les auteurs de l'ordonnance présupposent ainsi que seules les femmes de métropole se trouvent dans des situations semblables à celles des hommes et doivent bénéficier d'un traitement identique en matière de droits politiques, et ce au regard de l'évolution des rôles sociaux.

225. **Une rhétorique fondée sur l'évolution des rôles sociaux.** L'inclusion des femmes dans la communauté des citoyens est justifiée par l'évolution de leur rôle social. Celles-ci sont désormais considérées comme des individus-citoyens au même titre que les hommes, et non plus

⁷¹⁴ HAMON François, TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 38^e édition, 2017, p. 410.

⁷¹⁵ Voir l'intervention de Vincent Auriol, lors de la séance du 27 mars 1944, p. 2.

⁷¹⁶ Voir l'intervention d'André Philip, lors de la séance du 22 janvier 1944, p. 6 : « Ainsi doit-on élire d'abord et le plus tôt possible une Assemblée constituante suivant une procédure valable qui permettra une consultation du peuple tout entier, hommes et femmes. Car, sur ce point, je pense que nous sommes tous d'accord : tous les hommes et toutes les femmes doivent être admis à exprimer leur volonté ».

⁷¹⁷ Citée par BARD Christine, « L'étranger défaits des suffragistes (1919-1939) », *op. cit.*, p. 239.

⁷¹⁸ LEFEUVRE Daniel, « 1945-1958 : un million et demi de citoyennes interdites de vote ! », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 1/1995. De plus, si la loi du 20 septembre 1947 relatif au statut organique de l'Algérie énonce à l'article 4 que : « Les femmes d'origine musulmane jouissent du droit de vote », elle précise également qu'une décision de l'Assemblée algérienne fixera les modalités d'exercice du droit de vote. Or, aucune décision de cette Assemblée n'a permis aux femmes musulmanes d'Algérie de voter.

uniquement comme des mères ou des épouses. La réforme est appréhendée comme allant de soi, et se caractérise par un sentiment d'irréversibilité⁷¹⁹. Lors des débats à l'Assemblée consultative d'Alger, le droit de vote et d'éligibilité des femmes relève en effet presque de l'évidence pour les auteurs de l'ordonnance, tels que François de Menthon, pour qui : « Il est temps que cette différence ridicule entre les sexes soit supprimée »⁷²⁰. De même, Fernand Grenier exprime l'idée de l'égalité des femmes à participer à la vie politique : « La femme de France doit avoir le droit et le devoir de s'occuper de la chose publique. Il serait de mon désir que l'Assemblée consultative affirmât que la femme française est électrice et éligible, afin que nous lui manifestions notre solidarité et notre volonté de ne plus la traiter en mineure, en inférieure »⁷²¹.

226. Ce constat de l'évolution du rôle des femmes justifiant l'égalité de traitement est lié, dans les débats, à l'impact de la Seconde Guerre mondiale⁷²². Pour beaucoup, le rôle des femmes dans la Résistance montre qu'elles ont les mêmes qualités que les hommes, notamment le patriotisme, légitimant leur citoyenneté⁷²³. Il ne s'agit donc pas seulement de rendre hommage au rôle des Françaises pendant la guerre⁷²⁴, mais également de prendre acte de leur égale capacité à être citoyennes. C'est l'idée défendue par Fernand Grenier, qui relate par des exemples concrets la responsabilité des femmes pendant la guerre, à égalité avec les hommes, à la fois dans la vie quotidienne⁷²⁵ de l'occupation et dans la Résistance⁷²⁶ et conclut : « Ces femmes ne sont-elles pas dignes d'être des citoyennes ? Plus, certes, que certains embusqués que l'on voit déambuler dans les rues d'Alger ! »⁷²⁷ Le mérite, la *dignitas*, des femmes pendant la guerre leur permet par conséquent d'être considérées comme des individus-citoyens liés à la sphère publique, avant d'être considérées comme un « sexe » et rattachées à leur rôle social de mère et d'épouse dans la

⁷¹⁹ ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen, op. cit.*, p. 545 : « La loi enregistre la transformation sociale et culturelle du rôle de la femme dans la société beaucoup plus qu'elle n'accompagne une révolution de la culture politique »

⁷²⁰ Compte rendu analytique des débats de l'Assemblée consultative provisoire [Alger], *JORF*, séance du 22 janvier 1944, p. 1.

⁷²¹ Compte rendu analytique des débats de l'Assemblée consultative provisoire [Alger], *JORF*, séance du 21 janvier 1944, p. 2.

⁷²² ACHIN Catherine, LEVÉQUE Sandrine, *Femmes en politique*, Paris, La Découverte, 2006, p. 16.

⁷²³ Ainsi, selon Robert Prigent : « Sera-t-il dit toujours que l'on exigera de nos compagnes l'égalité devant l'effort et la peine, devant le sacrifice, devant le courage jusque devant la mort sur le champ de bataille et que nous mettrons des réticences au moment d'affirmer notre volonté d'établir à notre tour, dans notre pays, cette égalité que posent des responsabilités que nous voulons voir donner demain aux femmes de France ? » (compte rendu analytique des débats de l'Assemblée consultative provisoire [Alger], *JORF*, séance du 22 mars 1944, p. 6).

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 6 : « Nous qui avons été témoins du rôle des femmes dans la lutte clandestine, nous qui avons vu la conduite des épouses des prisonniers, des déportés et des maquis [...], nous déclarons qu'il est nécessaire d'accorder aux femmes de France l'hommage qui leur est dû en leur octroyant le droit de vote ».

⁷²⁵ Compte rendu analytique des débats de l'Assemblée consultative provisoire [Alger], *JORF*, séance du 22 mars 1944, p. 3 : « Je puis vous assurer que ces femmes n'avaient rien à envier aux hommes, en fait de courage et d'amour de la terre. Il en est de même à Paris, où les épouses de commerçants assurent, en dépit de toutes les difficultés de l'époque, la gestion de la petite boutique que leur a laissé leur mari ».

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 3 : « Dans le domaine de la lutte contre l'ennemi, les femmes se sont révélées les égales des hommes ; elles prennent part, comme eux, aux sabotages et dans certains cas, ce sont elles qui les ont encouragés à la résistance et qui ont évité le fléchissement des grèves qui désorganisent la production de l'invasisseur ».

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 4.

sphère privée. Ainsi, les articles 5 et 7 et 14 de l'ordonnance du 21 avril 1944 permettent de nommer provisoirement aux municipalités, aux délégations municipales et départementales, les hommes et les femmes « ayant participé activement à la Résistance contre l'ennemi et l'usurpateur ».

227. Toutefois, l'assimilation des femmes à la communauté des citoyens ne conduit pas à une indifférenciation du droit des élections au regard du sexe : l'énoncé de l'ordonnance maintient bien explicitement une distinction genrée des citoyens, sous-tendue par l'idée encore présente d'un vote spécifiquement féminin.

B. La différence des sexes dans l'énoncé juridique et dans l'exercice des droits politiques

228. La persistance d'une différenciation entre les sexes dans la conception de la citoyenneté se manifeste à deux points de vue. D'une part, l'égalité de traitement par l'inclusion des femmes, autrefois exclues, conduit à la mention explicite des femmes dans l'énoncé normatif. D'autre part, la rhétorique différencialiste d'un vote féminin différent du vote masculin présuppose l'existence d'une manière spécifiquement féminine d'exercer le pouvoir.

229. **La différence des sexes dans l'énoncé de l'ordonnance du 21 avril 1944.** Les articles de l'ordonnance accordant le droit de vote et d'éligibilité aux femmes font expressément mention des deux sexes, en faisant référence aux « Français et Françaises » (articles 1^{er}, 5, 7 et 14) et en renvoyant explicitement à l'extension aux femmes des droits politiques jusque-là accordés aux hommes (article 17)⁷²⁸. Cette inclusion explicite des femmes dans la sphère de la citoyenneté par l'inscription des sexes dans l'énoncé juridique est nécessaire pour établir l'égalité de traitement. Le citoyen abstrait renvoyant à l'homme, l'inclusion des femmes suppose par conséquent de « déneutraliser » l'énoncé juridique, en faisant du citoyen un individu explicitement sexué, une femme ou un homme. Ainsi, la référence explicite aux deux sexes permet-elle précisément ici une égalisation des droits par un traitement juridique identique des femmes et des hommes. Elle n'est dès lors plus constitutive d'une inégalité de traitement, mais conditionne au contraire l'égalité de traitement des deux sexes en matière politique. Toutefois, la différenciation entre les sexes dans l'exercice des droits politiques est quant à elle significative de la persistance d'une conception des rôles de genre inégalitaires.

⁷²⁸ Article 17 de l'ordonnance du 21 avril 1944 : « Les femmes sont électrices et éligibles dans les mêmes conditions que les hommes ».

230. **La différence des sexes dans l'exercice du droit de vote et d'éligibilité.** La reconnaissance par l'ordonnance du 21 avril 1944 de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière politique n'empêche la persistance du présupposé d'un vote spécifiquement féminin. Celui-ci est déjà perceptible dans les discours des auteurs de l'ordonnance du 21 avril 1944. Ainsi, durant les débats à l'Assemblée consultative, certains affirment que les femmes voteront « dans le même esprit qu'auraient voté leurs maris »⁷²⁹. Le vote des femmes n'est pas conçu comme un droit exercé en toute indépendance, comme pour les hommes, puisqu'il tient compte de l'orientation politique de ces derniers. Sur ce point, certains auteurs ont montré que la presse de l'époque questionnait de manière récurrente la compétence politique des femmes, celles-ci étant considérées comme dépendantes de leurs « curés, maris et pères »⁷³⁰. Pourtant, *a priori*, l'homogénéité du corps électoral est respectée dès la première participation électorale des femmes aux élections municipales du 29 avril 1945, par la refonte des registres électoraux et l'absence d'urnes ou de bureaux de vote distincts selon le sexe⁷³¹. Mais certaines communes (Vienne, Grenoble et Belfort) sont autorisées, à titre expérimental, à installer des urnes séparées pour les femmes et les hommes, afin d'interroger la spécificité du vote féminin⁷³². Certaines études ont ainsi montré que le droit de vote était en pratique exercé différemment selon le sexe, surtout entre 1945 et 1969, période caractérisée par un taux d'abstention plus élevé chez les électrices et par des préférences politiques orientées davantage vers les candidats de droite ou conservateurs⁷³³. C'est du reste l'argument de cette spécificité du vote féminin conservateur qui a été utilisé par certains auteurs pour expliquer la reconnaissance du droit de vote aux femmes par le gouvernement provisoire⁷³⁴. Richard Evans soutient ainsi la thèse du calcul politique : le gouvernement provisoire, mené par De Gaulle, se serait appuyé sur le vote féminin, considéré comme un vote conservateur, pour empêcher le parti communiste de devancer la droite aux élections⁷³⁵.

231. Ce présupposé d'un exercice différencié des droits politiques selon le sexe est encore plus marqué s'agissant de l'éligibilité des femmes et de la question de la représentation spécifique des

⁷²⁹ Voir l'intervention de Pierre Ribière, séance du 24 mars 1944, p. 3.

⁷³⁰ MARTIN Virginie, « Les premiers votes des femmes. Vécus et schèmes de représentations, 1944-1946 », in MOSSUZ-LAVAU Janine, LE BRAS-CHOPARD Armelle, *Les femmes et la politique*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 71.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 59.

⁷³² DU ROY Albert et Nicole, *Citoyennes ! Il y a cinquante ans, le vote des femmes*, *op. cit.*, p. 266.

⁷³³ MOSSUZ-LAVAU Janine, « Le vote des femmes en France (1945-1993) », *Revue française de Science politique*, 1993, 43 (4), p. 675. L'auteure distingue trois périodes marquant l'évolution du vote féminin : la première, jusqu'aux années 60 comprises, est caractérisée par une spécificité du vote féminin ; la seconde, les années 70, est marquée par un rapprochement entre les deux types de comportements politiques ; la troisième, les années 80, voit une égalité de comportement entre les sexes en matière d'abstention, et une préférence des femmes pour les partis progressistes. Voir également ACHIN Catherine, LEVEQUE Sandrine, *Femmes en politique*, *op. cit.*, p. 30.

⁷³⁴ SCOTT Joan, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 218.

⁷³⁵ THEBAUD Françoise, « Guerre, civisme et citoyenneté des femmes », *op. cit.*, p. 78.

femmes. Les débats parlementaires montrent que les femmes entendent exercer leurs mandats politiques de façon différente des hommes, notamment lors des Assemblées constituantes de 1945 et 1946, en représentant spécifiquement des femmes⁷³⁶. Par exemple, la députée Denise Girollin proclame en 1946 : « J'apporte à cette tribune la voix des femmes de France et particulièrement la voix des mamans et des ménagères parisiennes », en dénonçant les problèmes liés au ravitaillement, au marché noir et au prix des marchandises après-guerre⁷³⁷. De même, l'allocution du président d'âge lors des séances du 11 juin et du 28 novembre 1946, montre que les députées sont avant tout considérées comme des femmes, représentant les intérêts de la famille et associées à leurs rôles de mère et d'épouse à la sphère privée, même lorsqu'elles sont présentes dans la sphère publique⁷³⁸. Cette approche de la représentation, certes empirique et non prévue par le droit, est davantage fondée sur la notion de « représentativité », qui présuppose que les élues femmes exercent leurs mandats au nom de l'intérêt des femmes et pas au nom de la Nation « une et indivisible ». Elle s'appuie sur la division des rôles de genre, et ce de deux manières. En premier lieu, elle conduit à distinguer les intérêts des femmes de ceux des hommes, au regard de leur rôle dans la sphère domestique, en tant que mères et épouses. En second lieu, elle présuppose que les femmes députées défendent mieux les intérêts des femmes que ceux des hommes ou plus largement, de la Nation, et inversement, que les hommes sont mieux à même de défendre les intérêts masculins et nationaux. Ainsi, les femmes ne sont pas considérées comme des individus-citoyens à part entière, mais comme des individus genrés, des femmes, défendant des intérêts spécifiques. Les discours des parlementaires montrent ainsi la persistance d'une conception genrée de l'exercice des droits politiques.

232. C'est donc à la fois en tant que femmes et en tant qu'individus que les femmes accèdent à la citoyenneté, l'ordonnance du 21 avril 1944 étant fondée tant sur une logique d'indifférenciation que de différenciation des droits politiques au regard du sexe. Mais s'il a fallu que les femmes soient considérées comme des individus – certes genrés – pour intégrer juridiquement la

⁷³⁶ Lors de l'élection de la première Assemblée nationale constituante le 21 octobre 1945, seules 33 femmes sont élues députées, sur 586 élus, chiffre qui diminue à 30 femmes lors de l'élection de la deuxième Assemblée nationale constituante en juin 1946. De même, les résultats des élections législatives se caractérisent par un nombre significativement moindre de femmes élues. Ainsi, 42 femmes sont élues sur 619 députés, lors des premières élections mixtes de novembre 1946 ; le nombre de femmes députées atteint son chiffre le plus bas, huit, lors des élections législatives de novembre 1958, de novembre 1962, de juin 1968 et de mars 1973.

⁷³⁷ Compte rendu des débats de l'Assemblée nationale constituante, *JORF*, séance du 18 janvier 1946, p. 127.

⁷³⁸ Compte rendu des débats de l'Assemblée nationale constituante, *JORF*, séance du 11 juin 1946, p. 105 : Je souhaite la bienvenue aux femmes qu'en trop petit nombre la nation a mandatées pour siéger à nos côtés. Elles sont la parure de notre Assemblée [...]. Qu'elles éclairent nos débats de leur douceur, de leur tendresse, de leur passion toute neuve du bien public, de leur sollicitude maternelle pour les immenses douleurs humaines que nous avons mission de soulager ! » Séance du 28 novembre 1946, p. 202 : « Trente-quatre femmes vont siéger parmi nous. Plusieurs d'entre nous les auraient voulu plus nombreuses. On parle avec raison de la défense de la famille en cette après-guerre, avec tant de foyers ravagés. Sans doute il faut soutenir la famille. Dès lors, ne pensez-vous pas que la meilleure législatrice de la famille française, c'est la mère de nos enfants ? Par elle, la loi s'inspirera de tendresse humaine ».

communauté des citoyens, l'inverse est également vérifiable : la reconnaissance de la citoyenneté conduit le constituant de 1946 à étendre aux femmes tous les droits dont les hommes jouissaient en tant qu'individus. La reconnaissance du droit de vote aboutit en effet à mettre en évidence les autres inégalités juridiques et sociales entre les femmes et les hommes⁷³⁹, renforcées sous le régime de Vichy, et remises en cause par la proclamation de l'égalité des droits en 1946.

⁷³⁹ SCOTT Joan, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 227 : « Ironiquement, le droit de vote faisait ressortir, plus vivement encore que la privation des droits politiques, le contraste avec la dépendance sociale et psychologique des femmes ».

Section II. La construction de l'égalité hommes-femmes dans le Préambule de la Constitution de 1946, entre indifférenciation et différenciation

233. L'affirmation juridique de l'égalité des droits entre les femmes et les hommes dans la Constitution du 27 octobre 1946, s'inscrit dans la continuité du droit pré-constituant élaboré à la Libération. La reconnaissance de l'égalité des droits individuels et sociaux par le constituant de la IV^e République confirme et étend la logique amorcée par les auteurs de l'ordonnance du 21 avril 1944. Cette reconnaissance, en premier lieu, rompt avec le régime de Vichy, dont la législation avait renforcé les inégalités entre les femmes et les hommes en raison de leurs rôles sociaux différents. Il apparaît ainsi essentiel de montrer l'importance des inégalités juridiques entre les sexes mises en place sous le régime de Vichy, ce qui permet d'appréhender l'affirmation de l'égalité des droits en 1946 comme une réaction, au sortir de la guerre, à un régime inégalitaire (A). Il s'agit néanmoins de nuancer une telle rupture : la valorisation des rôles de mères et d'épouses n'est pas l'apanage de la législation de Vichy et reste présente dans les discours des constituants de 1946. La reconnaissance se manifeste ainsi, en second lieu, comme en 1944, par l'extension aux femmes de droits dont ne bénéficiaient jusque-là que les hommes ; les femmes y sont incluses comme individus, mais aussi en tant que femmes. L'égalité des droits proclamée en 1946 n'est donc pas incompatible avec la différenciation entre les sexes qui est mentionnée au sein même de l'énoncé constitutionnel.

I. Une réaction aux inégalités de genre mises en place sous le régime de Vichy

234. Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, en réaffirmant la garantie des droits civils et politiques de 1789 et en reconnaissant des droits sociaux, peut être considéré comme une réaction à la restriction des droits et la remise en cause de l'égalité des droits durant le régime de Vichy⁷⁴⁰. Les actes constitutionnels organisant les pouvoirs publics sous Vichy remettent en effet en cause les principes démocratiques, comme la souveraineté nationale⁷⁴¹, la séparation des pouvoirs⁷⁴², et n'instaurent aucune déclaration des droits ; le projet de Constitution du 30 janvier 1944 prévoit une série de libertés dont l'exercice est réglementé par l'État et dont la sauvegarde justifie l'autorité de ce dernier. Le principe d'égalité est remis en cause par la politique intérieure,

⁷⁴⁰ CATALA Nicole, « Alinéa 3 », in CONAC Gérard, PRETOT Xavier, TEBOUL Gérard, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Paris, Dalloz, 2001, p. 75 : « Rédigé au printemps 1946, à l'issue d'une période dramatique de notre histoire, le Préambule de la Constitution de 1946 marque, dans les principes, une complète rupture avec l'inégalité antérieure ».

⁷⁴¹ Appel du Chef de l'État du 12 novembre 1943 : « J'achève la mise au point de cette constitution. Elle concilie le principe de la souveraineté nationale et le droit de libre suffrage des citoyens avec la nécessité d'assurer la stabilité et l'autorité de l'État ». L'utilisation du terme de conciliation montre que la souveraineté nationale et le droit de vote peuvent être remis en cause par les autorités étatiques.

⁷⁴² L'Acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 prévoit l'exercice du pouvoir législatif et réglementaire par le Chef de l'État, le maréchal Pétain.

qui tend à instaurer un régime hiérarchique et social⁷⁴³. Le travail, le talent et l'obéissance au régime, mais aussi la religion, la race ou le sexe, sont dès lors conçus comme des critères essentiels de distinctions juridique et sociale. Le régime de Vichy constitue par là un régime d'ordre, qui organise et valorise les rôles sociaux attribués à chacun et chacune⁷⁴⁴. La différenciation des rôles de genre est en ce sens exaltée et justifie les inégalités juridiques entre les femmes et les hommes, par la redéfinition de la distinction entre sphère privée et sphère publique. Ainsi, dans la sphère familiale, la prépondérance du mari sur la femme est réaffirmée, tout en valorisant le rôle de mère au foyer (A), tandis que l'accès à la sphère publique est limité pour les femmes, sauf lorsqu'elles contribuent à l'intérêt de l'État par leur rôle maternel (B).

A. L'injonction de rôles de genre inégalitaires dans la sphère familiale

235. La construction des rôles de genre sous Vichy se fonde sur une politique à la fois familialiste et nataliste, déjà amorcée sous la III^e République⁷⁴⁵. Ainsi, si les constituants de 1946 cherchent à s'opposer à la politique familialiste de Vichy, cette politique est déjà largement mise en place dès les années 1920 dans un objectif nataliste. Mais Vichy confère à cette législation une portée politique et symbolique beaucoup plus importante en faisant de la famille et de l'assignation aux rôles de genre un pilier du régime et en appliquant une répression plus lourde. En ce sens, les rôles d'épouse subordonnée et de mère au foyer sont valorisés, conduisant à des inégalités de traitements juridiques entre les femmes et les hommes au sein de la famille (1), ainsi qu'à un contrôle des corps féminins (2).

1) Les inégalités de genre à travers la politique familialiste

La politique familialiste du régime de Vichy est fondée sur deux postulats complémentaires : la famille est considérée comme le soubassement de l'ordre social, et les inégalités entre les sexes sont appréhendées comme le fondement de la famille. Le maintien du genre permet ainsi de protéger l'ordre familial et, partant, l'ordre social.

⁷⁴³ Message du Chef de l'État, *Journal officiel de l'État français. Lois et décrets*, du 11 octobre 1940, p. 5262 : « Le régime nouveau sera une hiérarchie sociale. Il ne reposera plus sur l'idée fautive de l'égalité naturelle des hommes, mais sur l'idée nécessaire de l'égalité des chances données à tous les Français de prouver leur aptitude à servir ».

⁷⁴⁴ BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998, p. 94. Les États « paternalistes et autoritaires » comme la « France de Pétain », « réalisations achevées de la vision ultraconservatrice qui fait de la famille patriarcale le principe et le modèle de l'ordre social comme ordre moral, fondé sur la prééminence absolue des hommes par rapport aux femmes, des adultes par rapport aux enfants, et sur l'identification de la moralité à la force, au courage et à la maîtrise des corps, siège des tentations et des désirs ».

⁷⁴⁵ POLLARD Miranda, « Women and the National Revolution », in RODERICK Keward, ROGER Austin, *Vichy France and the Resistance*, London, Croom Helm, 1985, p. 36 : « Both centrally concerned female sexuality and sexual division. The former was a preoccupation with population growth that assumed state control of fertility and reproduction; the latter and advocacy of social stability or renovation that was based on the legitimate, patriarchal family unit and required the maintenance of 'la femme au foyer' ».

236. **La valorisation et la protection de la famille.** La « crise de la famille » qui aurait entraîné la dénatalité sous la III^e République⁷⁴⁶ est mise en avant par le gouvernement comme une cause de la défaite française en 1940⁷⁴⁷. La Révolution nationale prônée par le maréchal Pétain tend dès lors à reconstruire l'ordre social en l'appuyant sur les rôles de genre complémentaires attribués à chaque sexe au sein de la famille⁷⁴⁸ : « Au père, le chef, le travail et l'autorité ; à la mère, le foyer et l'amour »⁷⁴⁹. La législation du régime de Vichy vise à condamner l'individualisme et à placer la famille au centre des institutions, brouillant ainsi la frontière entre la sphère privée et la sphère publique. Les pouvoirs publics, particulièrement intrusifs dans la sphère familiale, imposent les rôles de genre à leurs membres, tandis que la famille est elle-même intégrée à la sphère publique. La France devient ainsi, dans les discours politiques et juridiques de l'époque, « une grande famille hiérarchisée »⁷⁵⁰. Le projet de constitution proposé par le Conseil national en juillet 1941 prévoit, par exemple, que la nation est composée, non pas seulement d'individus, mais également de groupes sociaux, tels que la famille, protégée par la loi⁷⁵¹.

237. Bien que cette disposition reste à l'état de projet, elle reflète bien la politique familialiste vichyste, qui passe par de nombreuses lois relatives à la protection et à la valorisation de la famille au sein des institutions publiques. Certes, la politique familialiste et nataliste est déjà mise en œuvre par le décret du 29 juillet 1939 établissant un « Code de la famille » sous la présidence du Conseil de Daladier⁷⁵². Le Code prévoit des primes à la naissance du premier enfant, des allocations familiales à partir du deuxième enfant et l'assistance à la famille en cas de faibles revenus du chef de famille, afin de développer et de protéger les familles. La protection de la famille s'exprime également à travers la lutte contre la pornographie⁷⁵³, contre l'usage de

⁷⁴⁶ ECK Hélène, « Les Françaises sous Vichy. Femmes du désastre, citoyennes par le désastre ? », in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident*, Vol. V, Paris, Plon, 1991, p. 188 : « Les Français expient, par la défaite, l'« esprit de jouissance » qui prévalait depuis 1918 et qui engendra une décadence morale fatale de la patrie ».

⁷⁴⁷ POLLARD Miranda, « Women and the National Revolution », *op. cit.*, p. 37 : « « Dénatalité » and « la crise de la famille » were often highlighted as grim symptoms of pre-war decadence ».

⁷⁴⁸ MUEL-DREYFUS Francine, *Vichy et l'éternel féminin*, Paris, Seuil, 1996, p. 12 : « La remise en ordre du monde peut s'étayer, dans de tels mouvements, sur un retour à une division sexuelle rigide des aptitudes, des fonctions et des places « naturelles » propres à chaque sexe ».

⁷⁴⁹ ECK Hélène, « Les Françaises sous Vichy. Femmes du désastre, citoyennes par le désastre ? », *op. cit.* p. 189.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 188.

⁷⁵¹ Voir l'article 56 du projet de constitution : « La loi, par un ensemble d'avantages réels et de mesures efficaces, favorise le mariage, facilite la fondation de foyers, soutient la maternité, assiste les familles nombreuses, retient la mère au foyer, protège l'enfance » (MUEL-DREYFUS Francine, *Vichy et l'éternel féminin*, Paris, Seuil, 1996, p. 195).

⁷⁵² Décret du 29 juillet 1939, *JORF* du 30 juillet 1939, p. 9607.

⁷⁵³ Article 119 du décret du 29 juillet 1939, « De l'outrage aux bonnes mœurs », *JORF* du 30 juillet 1939, p. 9621. Cette disposition interdit « tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films ou clichés, matrices ou reproductions pornographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs ».

stupéfiants⁷⁵⁴ et contre l'alcoolisme⁷⁵⁵, considérés comme des atteintes à la « dignité familiale » et comme des « dangers pour l'avenir de la race »⁷⁵⁶.

238. La législation vichyste conforte et étend la politique familialiste amorcée sous la III^e République, d'une part, en plaçant la famille au centre des institutions publiques⁷⁵⁷ et, d'autre part, en agissant de façon plus intrusive dans les relations familiales, par le renforcement des rôles sociaux au sein de la famille. Sur ce second point, la sauvegarde du lien entre les époux est considérée par le législateur comme nécessaire à la protection de la famille, à travers la volonté de restreindre le divorce. La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps, élaborée par Joseph Barthélemy, définit de façon stricte les causes de divorce, même si celles-ci n'évoluent pas par rapport à la loi du 27 juillet 1884⁷⁵⁸. C'est surtout par la procédure que le législateur tend à limiter les divorces, en renforçant son caractère lent et exceptionnel⁷⁵⁹. Si le divorce n'est donc pas supprimé sous le régime de Vichy, la loi du 2 avril 1941 tend en revanche nettement à préserver les liens familiaux en limitant la liberté des époux de divorcer. La législation familialiste ne tend pas seulement à valoriser et à protéger la famille, mais également à maintenir l'ordre au sein de celle-ci, fondement de l'ordre social.

239. **Les inégalités entre époux et parents au détriment des femmes.** L'organisation hiérarchisée des rôles sociaux, et en particulier des rôles de genre, conduit au renforcement des inégalités entre les femmes et les hommes dans la sphère familiale. Tout d'abord, s'agissant des relations entre les époux, la loi du 22 septembre 1942 conduit à assimiler le ménage à un

⁷⁵⁴ Article 130 du décret du 29 juillet 1939, « Du trafic des substances vénéneuses », *JORF* du 30 juillet 1939, p. 9621.

⁷⁵⁵ Article 131 et suivants du décret du 29 juillet 1939, « De la lutte contre l'alcoolisme », *JORF* du 30 juillet 1939, p. 9622 : Ces dispositions limitent, entre autres, l'ouverture de débits de boissons, ainsi que la vente des boissons dont le degré alcoolique est supérieur à 30°, et permettent aux ligues antialcooliques de se constituer parties civiles lors de procès.

⁷⁵⁶ Présentation du décret du 29 juillet 1939, *JORF* du 30 juillet 1939, p. 9608-9609.

⁷⁵⁷ La loi du 23 février 1941 relative à la composition du gouvernement porte création d'un secrétaire d'État à la famille et à la santé, dont le rôle est défini par la loi du 12 avril 1941, *Journal officiel de l'État français* du 29 avril 1941, p. 1822. Le secrétaire d'État est notamment « chargé de mettre en œuvre la politique familiale du gouvernement » et de coordonner « toutes les mesures propres tant à assurer à la famille française la protection dont elle doit bénéficier, qu'à lui faire jouer le rôle qui lui incombe dans la vie nationale ». La loi du 29 décembre 1942 relative aux associations familiales (*Journal officiel de l'État français* du 31 décembre 1942, p. 4246) prévoit l'instauration par le secrétaire d'État près du chef de gouvernement, dans chaque commune, des associations de familles, réunies au niveau départemental en union familiale, et au niveau national en fédération nationale des familles. Elles ont notamment pour objectif de « développer l'esprit familial et pour cela, de créer tous les services utiles de propagande, d'enseignement et d'éducation », ainsi que de donner leurs « avis aux pouvoirs publics sur les questions d'ordre familial ». Le législateur privilégie les familles nombreuses, couplant les politiques familialiste et nataliste, en énonçant à l'article 5 de la loi que : « Les membres des unités directeurs doivent être en majorité des pères et des mères ayant eu au moins trois enfants ». De même, il instaure à l'article 6 le suffrage familial pour l'élection du comité directeur, les électeurs ayant autant de voix que d'enfants mineurs.

⁷⁵⁸ Loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps, *Journal officiel de l'État français* du 13 avril 1941, p. 1587. Le divorce ne peut pas être prononcé par consentement mutuel, mais seulement pour cause d'adultère du mari ou de la femme, pour condamnation à une peine afflictive ou infamante ou pour excès, sévices et injures, « lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée de devoirs et obligations résultant du mariage et rendant intolérable le maintien de la vie conjugale ».

⁷⁵⁹ Par exemple, il instaure des procédures de conciliation, des délais d'ajournement et de réflexion et prévoit la sanction des officines incitatrices spécialisées dans les procédures de divorce (MUEL-DREYFUS Francine, *Vichy et l'éternel féminin*, op. cit., p. 198). De même, l'article 233 de la loi empêche les époux de divorcer durant les trois ans suivant la célébration du mariage.

«gouvernement»⁷⁶⁰, où le mari est défini comme le chef de la famille et la femme comme sa collaboratrice⁷⁶¹. Le mari détient par principe le pouvoir de gestion du ménage, par la capacité de contracter notamment, la femme détenant uniquement un mandat de la part de son mari afin de représenter ce dernier « pour les besoins du ménage et d'employer pour cet objet les fonds qu'il laisse entre ses mains »⁷⁶². Par ailleurs, bien qu'aucune disposition ne prévoit, comme dans le Code civil de 1804, que la femme « doit obéissance à son mari »⁷⁶³, ce dernier demeure tout de même l'autorité au sein du couple, sa femme devant se soumettre à ses décisions. Par exemple, l'article 213 du Code civil énonce que le choix de la résidence de la famille appartient au mari et la femme est obligée d'habiter avec lui⁷⁶⁴. En outre, si l'article 216 du Code civil prévoit la pleine capacité de droit de la femme mariée – conservant les acquis de la loi du 18 février 1938⁷⁶⁵, ce qui a pu apparaître comme « une étape supplémentaire dans la voie d'une égalité des droits et devoirs des époux »⁷⁶⁶ –, il dispose néanmoins que l'exercice de cette capacité peut être limité par le contrat de mariage et par la loi. Par conséquent, bien qu'elle dispose d'un certain « pouvoir ménager »⁷⁶⁷, l'épouse ne peut exercer ses droits que sous le contrôle de son mari.

240. S'agissant de l'autorité des parents sur leurs enfants, la loi du 23 juillet 1942 sur l'abandon de famille dispose que la puissance paternelle est exercée par le père en sa qualité de chef de famille, même si elle prévoit à l'article 3 que l'autorité « appartient » au père et à la mère. Elle peut être exercée par la mère, sauf décision contraire du tribunal, seulement en cas de déchéance de la puissance paternelle, d'incapacité du père à manifester sa volonté, d'absence ou d'abandon de famille de sa part : « dans ce cas, le père reprend l'exercice de la puissance paternelle à son

⁷⁶⁰ MUEL-DREYFUS Francine, *Vichy et l'éternel féminin*, *op. cit.*, p. 203.

⁷⁶¹ Article 1^{er} de la loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et obligations des époux, *Journal officiel de l'État français* des 2 et 3 novembre 1942, p. 3649 : « Le mari est la chef de famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants. La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement ».

⁷⁶² Article 220 du Code civil, modifié par la loi du 22 septembre 1942 : « Les actes accomplis par la femme obligent le mari envers les tiers à moins qu'il n'ait retiré à la femme le pouvoir de faire les actes dont il s'agit et que les tiers n'aient pas eu personnellement connaissance de ce retrait au moment où ils ont traité avec elle ». Dans la même logique, l'article 2226 précise que : « La femme ne peut obliger la communauté qu'avec le consentement du mari ».

⁷⁶³ L'article 212 du Code civil dispose désormais que « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance », instaurant ainsi *a priori* une égalité dans les devoirs respectifs des époux.

⁷⁶⁴ De même, aux termes de l'article 233 du Code civil, la femme peut exercer une profession séparée de celle de son mari, mais ce dernier peut s'y opposer; cette faculté d'opposition du mari est également rappelée par l'article 4 de la loi, modifiant les dispositions du Code de commerce relatives aux marchandes publiques. Dans le même sens, l'article 7 de la loi de septembre 1942 abroge la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée.

⁷⁶⁵ Cf. partie I, titre II, chapitre I.

⁷⁶⁶ MUEL-DREYFUS Francine, *Vichy et l'éternel féminin*, *op. cit.*, p. 203 : « De 1938 à 1942, les juristes "familiaux" mettent en avant la progression des prérogatives féminines dans le ménage légitime et font l'impasse sur la question centrale et éminemment politique de la fonction masculine de chef de famille ». L'article 222 prévoit par exemple que la femme peut ouvrir un compte-courant pour ses biens personnels, mais il n'empêche que le mari conserve l'autorité pour agir au nom du ménage.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 203.

retour»⁷⁶⁸. Cette prépondérance du père comme chef de famille est également significative dans la loi du 29 décembre 1942 sur les associations familiales, qui énonce à l'article 3 que : « La famille est représentée par son chef, c'est-à-dire par le père, ou en cas de décès ou d'impossibilité de manifester sa volonté, par la mère »⁷⁶⁹, faisant de la mère la simple remplaçante du père dans la représentation de la famille. Poursuivant la logique de 1804 – qui n'a pas été remise en cause par la III^e République –, l'organisation des rôles de genre au sein de la famille est par conséquent élaborée sur une logique hiérarchique et inégalitaire, le pouvoir marital et paternel revenant par principe aux hommes et non aux femmes.

241. Le rôle de l'éducation dans la construction des rôles de genre au sein de la famille.

La législation vichyste relative à l'instruction est construite selon une logique inégalitaire⁷⁷⁰, en orientant les filles vers la sphère domestique afin qu'elles y exercent leur rôle d'épouse et de mère au foyer. Bien que les écoles spécialisées dans l'enseignement ménager se développent déjà dans l'entre-deux-guerres⁷⁷¹, la loi du 18 mars 1942 marque une étape supplémentaire en rendant obligatoire « l'enseignement ménager familial » pour toutes les jeunes filles⁷⁷². Non seulement, la loi prévoit le nombre d'heures d'enseignement ménager que les établissements scolaires doivent dispenser⁷⁷³, mais elle établit également le programme obligatoire : l'apprentissage de l'entretien de la maison et de la confection, l'entretien et la réparation des vêtements, le blanchissage et le repassage, la cuisine, l'initiation à la psychologie et à la morale familiale, des éléments de comptabilité ménagère, l'enseignement théorique et pratique de la puériculture, ainsi que de l'hygiène corporelle et de l'hygiène domestique. Un tel enseignement n'est pas prévu pour les garçons, seules les filles étant destinées à accomplir leur rôle de ménagères et de mères. De plus, le programme comprend une « initiation au droit usuel féminin », preuve supplémentaire d'une inégalité des droits entre les femmes et les hommes⁷⁷⁴.

⁷⁶⁸ Article 3 de la loi du 23 juillet 1942 sur l'abandon de famille, *Journal officiel de l'État français* du 30 octobre 1942, p. 3369.

⁷⁶⁹ Article 3 de la loi du 29 décembre 1942 relative aux associations familiales, *Journal officiel de l'État français* du 31 décembre 1942, p. 4246 : « Les mères peuvent prendre part aux réunions de l'association de familles par délégation du chef de famille ».

⁷⁷⁰ POLLARD Miranda, « Women and the National Revolution », *op. cit.*, p. 41 : « The egalitarian and meritocratic presumptions of Republican education were replaced by a gender-strict vocationalism ».

⁷⁷¹ ROGERS Rebecca, THEBAUD Françoise, *La fabrique des filles. L'éducation des filles de Jules Ferry à la pilule*, Paris, Textuel, 2014, p. 87.

⁷⁷² Loi du 18 mars 1942 portant organisation de l'enseignement ménager familial, *Journal officiel de l'État français* du 15 avril 1942, p. 1414.

⁷⁷³ Article 2 de la loi du 18 mars 1942. La loi prévoit soit une heure d'enseignement ménager par semaine pendant sept ans, soit cent heures par an pendant trois ans, ou soit trois cents heures par an pendant un an, selon les établissements concernés.

⁷⁷⁴ En outre, la loi du 5 juillet 1941 sur l'enseignement agricole public instaure aussi une inégalité entre les filles et les garçons et entre les instituteurs et les institutrices, en prévoyant des écoles d'enseignement ménager agricole. Celles-ci « ont pour objet de développer l'instruction générale des jeunes filles se destinant à l'agriculture et de leur assurer une formation ménagère agricole » et forment également les institutrices, et non les instituteurs, à l'examen d'aptitude à l'enseignement ménager (article 5 de la loi du 5 juillet 1941 portant organisation de l'enseignement agricole public, *Journal officiel de l'État français*, p. 2856).

242. Les inégalités de genre, instituées ou maintenues dans la sphère familiale par le droit vichyste, se manifestent donc par la prépondérance du rôle de l'homme, chef de famille, et par l'orientation des femmes vers leur rôle d'épouse, subordonnée à l'autorité maritale, et de mère. Ce dernier, pourtant valorisé par la politique nataliste caractéristique du régime, conduit à un renforcement du contrôle des corps féminins par l'État.

2) Le contrôle de la sexualité justifié par la politique nataliste

La politique nataliste conduite par le gouvernement de Vichy va de pair avec une valorisation et un contrôle du rôle social de mère assigné aux femmes.

243. **La valorisation de la maternité.** Le statut juridique inférieur des femmes mariées au sein de la famille n'empêche pas la valorisation de la maternité sous le régime de Vichy. Comme l'affirme Hélène Eck : « L'imbrication et l'exacerbation des notions de différence et de devoirs fondent une famille idéale à travers lequel le régime glorifie la maternité comme seule destinée possible des femmes »⁷⁷⁵. Les pouvoirs publics tendent en effet à favoriser la natalité en cette période de guerre, en incitant les femmes à participer à la reconstruction humaine du pays, comme le décrit ce message du secrétariat d'État à la famille et à la santé, adressé aux femmes : « Toi qui veux rebâtir la France, donne-lui d'abord des enfants »⁷⁷⁶. La valorisation de la maternité pour encourager la natalité est toutefois déjà amorcée entre les deux guerres⁷⁷⁷, notamment par la célébration symbolique de la maternité. Le ministre de l'Hygiène crée ainsi dès 1920 une médaille de la Famille française, « une distinction honorifique destinée à rendre hommage au mérite des mères de famille françaises qui ont dignement élevé de nombreux enfants et à leur témoigner la reconnaissance de la nation »⁷⁷⁸. Le but est expressément nataliste : « Le relèvement de la natalité qui s'impose à notre pays [...] est avant tout une question morale. Nous ne devons donc rien négliger de ce qui peut encourager les mères françaises à faire de la maternité la part qu'elle doit avoir dans l'idéal de ceux qui fondent un foyer »⁷⁷⁹. De même, une journée des mères de familles nombreuses est créée au niveau national par la circulaire du ministre de l'Intérieur du 8 mars 1920

⁷⁷⁵ ECK Hélène, « Les Françaises sous Vichy. Femmes du désastre, citoyennes par le désastre ? », *op. cit.* p. 189 : « Tout ce qui, matériellement et psychologiquement, éloigne les femmes de cette destinée est contre nature, immoral et fatal à la patrie. Il n'existe pas de mauvaises mères, il n'existe que de mauvaises femmes qui refusent d'être mères ».

⁷⁷⁶ POLLARD Miranda, *Reign of virtue. Mobilizing gender in Vichy France*, The University of Chicago Press, 1998, p. 53.

⁷⁷⁷ Voir notamment le décret relatif à la famille et à la natalité française du 29 juillet 1939, *JORF* du 30 juillet 1939, p. 9607.

⁷⁷⁸ Décret du 26 mai 1920, *JORF* du 28 mai 1920, p. 7815.

⁷⁷⁹ Le ministre de l'hygiène, de l'assistance et la prévoyance sociales Jules-Louis Breton, *JORF* du 28 mai 1920, p. 7815 : « Que l'importance et la grandeur de son rôle social apparaissent aux yeux de tous et la mère de famille, bien loin de les regarder comme insupportables et de les rejeter comme s'ils contrariaient sa destinée, acceptera noblement, avec une légitime fierté comme faisant partie de son patrimoine d'épouse, les épreuves, les souffrances, les dangers même, qui sont inséparables de l'enfantement ».

et par la circulaire du ministre de l'Hygiène du 24 avril 1920. Elle est reprise et renforcée par les institutions vichystes qui instaurent la journée nationale des mères le 25 mai 1941⁷⁸⁰.

244. Une telle valorisation de la maternité et de la natalité va de pair avec le contrôle paternaliste des pouvoirs publics sur les mères, afin de protéger les enfants à travers une législation protectrice des femmes enceintes ou ayant accouché. C'est le cas, par exemple, de la loi du 17 juin 1913 sur la protection des femmes en couches⁷⁸¹, dont l'application, par un « patronage », un contrôle accru du repos des mères par des infirmières ou des sages-femmes, est exigé par une circulaire du ministre de l'Hygiène, de l'Assistance et de la Prévoyance sociales du 15 janvier 1924⁷⁸². L'objectif des pouvoirs publics vise explicitement à développer la natalité⁷⁸³. De même, la loi du 24 octobre 1919 tend à contrôler la maternité en encourageant l'allaitement des nourrissons à travers l'instauration d'une prime d'allaitement⁷⁸⁴. La législation vichyste renforce l'encouragement et la protection de la maternité amorcés sous la III^e République en étendant les allocations familiales⁷⁸⁵. La loi du 19 novembre 1940 modifie ainsi les dispositions du décret de juillet 1939 relatives aux « allocations de mère au foyer » : elles sont allouées dès le premier enfant à charge aux familles qui ne bénéficient que d'un seul revenu professionnel – celui du père, le plus souvent –, ce qui tend à encourager les femmes à rester plutôt au foyer qu'à travailler hors de la sphère domestique⁷⁸⁶.

245. Si le contrôle de la maternité permet l'instauration de dispositifs de protection pour les femmes, il conduit aussi à renforcer les rôles de genre inégalitaires, en empêchant les femmes de se départir de leur fonction de mère et d'avoir ainsi un contrôle sur leur propre corps, notamment par le recours à l'avortement.

⁷⁸⁰ POLLARD Miranda, *Reign of virtue. Mobilizing gender in Vichy France*, *op. cit.*, p. 48.

⁷⁸¹ JORF du 19 juin 1913, p. 5254. Cette loi prévoit l'interdiction d'employer les femmes en couches pendant quatre semaines après l'accouchement, ainsi que l'octroi d'une allocation journalière.

⁷⁸² JORF du 19 janvier 1924, p. 627 : « En édictant le contrôle du repos consécutif à l'accouchement, le législateur de 1913 s'est nettement proposé pour but d'instituer un véritable patronage des mères assimilées à domiciles, non seulement pour vérifier si les mères observent réellement le repos dans son intérêt et au profit de son enfant, mais pour rechercher les moyens de protéger le plus possible l'allaitement au sein de la mère ».

⁷⁸³ JORF du 19 janvier 1924, p. 627 : « Le péril nataliste que vit la France ordonne impérieusement, en dehors même des impulsions du cœur et de l'accomplissement spontané du devoir de solidarité, de ne négliger aucun moyen de protection et de sauvegarde de la première enfance. Il en va du salut de la France ».

⁷⁸⁴ Loi du 24 octobre 1919 assurant la protection des femmes qui allaitent leurs enfants, JORF du 26 octobre 1919, p. 11910.

⁷⁸⁵ Loi du 16 février 1941, *Journal officiel de l'État français* du 9 avril 1941, p. 1522. La loi prévoit notamment l'extension du taux des allocations familiales et de la durée pendant laquelle une famille perçoit les allocations familiales, calculées sur le nombre d'enfants à charge. Loi du 29 mars 1941 portant création d'une allocation de salaire unique, *Journal officiel de l'État français* du 11 avril 1941, p. 1555 : « Une allocation dite de salaire unique est attribuée aux familles des salariés quelles que soit la profession [...] qui ne bénéficient que d'un seul revenu professionnel versé en contrepartie d'un travail effectif ».

⁷⁸⁶ Loi du 18 novembre 1940 modifiant et complétant le décret du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité françaises, JORF du 19 novembre 1940, p. 5715.

246. **Le renforcement de la répression de l'avortement.** Le pendant négatif de la valorisation de la maternité par les politiques natalistes⁷⁸⁷ s'exprime à travers la législation qui limite la liberté de choix des femmes quant au contrôle sur leur sexualité et leur corps⁷⁸⁸, en interdisant l'avortement. Bien que les techniques d'avortement comportent des dangers pour la vie des femmes, qui justifient pour certains sa répression par la protection des femmes⁷⁸⁹, l'argument majeur contre l'avortement reste la défense de la natalité⁷⁹⁰. Déjà, sous la III^e République, l'avortement est considéré comme un crime par la loi du 31 juillet 1920, qui interdit les délits de propagande et de provocation à l'avortement, c'est-à-dire les discours, la vente ou la distribution de documents, de substances ou d'objets, la publicité de cabinets médicaux, ou encore la révélation de procédés qui permettent l'avortement⁷⁹¹. La loi du 27 mars 1923 modifie cependant l'article 317 du Code pénal afin de qualifier de délit, et non plus de crime, l'avortement, permettant la condamnation, à la fois des femmes qui se sont procuré l'avortement à elles-mêmes, mais aussi des individus ayant aidé des femmes à avorter⁷⁹². Le législateur estime en effet que la correctionnalisation de l'avortement permet de condamner davantage les auteurs d'avortement, les juges des tribunaux correctionnels étant selon eux plus enclins à prononcer la condamnation que les jurés des Cours d'assises⁷⁹³. Le délit d'avortement est étendu par le décret du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité, renforçant la répression contre les auteurs d'avortements⁷⁹⁴.

247. Le régime de Vichy fait cependant évoluer considérablement la qualification de l'avortement⁷⁹⁵; la loi du 15 février 1942 le définit comme « une activité de nature à nuire au

⁷⁸⁷ OLIVIER Cyril, « Du "crime contre la race". L'avortement dans la France de la Révolution Nationale », in BARD Christine, CHAUVAUD Frédéric, PERROT Michelle, PETIT Jacques-Guy, *Femmes et justice pénale, XIXe-XXe siècle*, Presses Universitaires de Rennes, 2002, p. 255 : « La répression de l'avortement est la priorité coercitive du volet "famille" de la Révolution nationale ».

⁷⁸⁸ Le contrôle de la procréation est également lié à un contrôle de la sexualité, afin de préserver l'hétérosexualité comme norme sociale ayant pour but la procréation. Ainsi, la loi du 6 août 1942 punit-elle d'une peine de six mois à trois ans d'emprisonnement les « actes impudiques ou contre nature avec un mineur de son sexe âgé de moins de vingt et un ans », *Journal officiel de l'État français* du 27 août 1942, p. 2922.

⁷⁸⁹ Voir par exemple l'intervention du député Doléris lors de la séance du 12 janvier 1923, p. 53 : « La mortalité et la morbidité dans les hôpitaux, de même que dans les maternités, sont surtout le fait de l'avortement provoqué ».

⁷⁹⁰ Le député Doléris lors de la séance du 12 janvier 1923, p. 54 : « Si nous n'avons pas le pouvoir de faire naître autant d'enfants qu'il en faudrait à la France, protégeons au moins ceux en germe, ceux que la nature a engendrés ».

⁷⁹¹ Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle, *JORF* du 1^{er} août 1920, p. 10934.

⁷⁹² Loi du 27 mars 1923 modifiant les dispositions de l'article 317 du Code pénal sur l'avortement, *JORF* du 29 mars 1923, p. 3122.

⁷⁹³ Débats parlementaires, séance du 12 janvier 1923, p. 53 : « Faut-il correctionnaliser l'avortement, c'est-à-dire, faut-il soustraire les accusés à la cour d'assises, au jury ? [...] La juridiction des cours d'assises paraît aujourd'hui périmée parce qu'inopérante, inefficace. Les jurés ne condamnent plus, les tribunaux se lassent [...] Il semble que l'impunité des coupables aille d'accord avec l'indifférence du public ».

⁷⁹⁴ Articles 82 et suivants du décret du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité françaises, *JORF* du 30 juillet 1939, p. 9616. Le décret prévoit notamment de punir plus sévèrement les individus pratiquant habituellement des avortements, ainsi que les récidivistes.

⁷⁹⁵ La loi du 14 septembre 1941 énonce que les dispositions relatives à l'atténuation des peines ne sont pas applicables « aux condamnations prononcées pour infractions à la législation en vigueur en matière de ravitaillement, de contrôle des prix,

peuple français, passible d'être déférée au tribunal d'État»⁷⁹⁶. L'avortement est qualifié de « crime contre l'État », parce qu'il porte atteinte à la natalité et au développement de la « race » française. La législation vichyste réprime néanmoins avant tout les individus ayant procuré, tenté de procurer ou favorisé l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte⁷⁹⁷. En effet, bien que les femmes qui se sont administré l'avortement soient théoriquement condamnables – le décret de 1939 restant en vigueur –, les tribunaux pénaux condamnent surtout les avorteurs et avorteuses⁷⁹⁸. Le Tribunal d'État, institué par la loi du 7 septembre 1941⁷⁹⁹, prononce ainsi la peine de mort pour deux d'entre eux, « pour l'exemple »⁸⁰⁰ : Marie-Louise Giraud, guillotinée le 30 juillet 1943 et Désiré Pioge condamné le 13 août 1943 et guillotiné le 22 octobre 1943⁸⁰¹. Ni le texte législatif ni son application ne conduisent par conséquent à une différence de traitement juridique entre les femmes et les hommes s'agissant de la répression de l'avortement, les auteurs d'avortements pouvant être des femmes ou des hommes. Mais en réprimant l'avortement, le droit renforce les inégalités de genre en cantonnant les femmes au rôle de mère au foyer, certes fortement valorisé sous Vichy, mais qui va de pair avec des inégalités juridiques au sein de la famille, ainsi que des inégalités juridiques dans l'accès à la sphère publique et en particulier, au travail.

B. Un accès à la sphère publique limité

248. Le rôle social des femmes étant défini sous Vichy avant tout comme celui de mère et d'épouse, celles-ci sont dans un premier temps exclues par le droit de l'accès au travail. Toutefois, il ne s'agit pas d'une exclusion totale des femmes de la sphère publique. En effet, la redéfinition de la frontière entre sphère publique et sphère privée sous le régime de Vichy, par l'importance de la famille au sein de la sphère publique, conduit à l'inclusion des femmes dans la sphère politique.

d'avortement et d'infanticide, ni d'une manière générale aux individus condamnés pour toutes les infractions de nature à nuire à l'unité nationale, à l'État ou au peuple français ».

⁷⁹⁶ Article 2 de la loi du 15 février 1942 relative à la répression de l'avortement, *Journal officiel de l'État français* du 7 mars 1942, p. 938.

⁷⁹⁷ Article 1^{er} de la loi du 15 février 1942 relative à la répression de l'avortement, *Journal officiel de l'État français* du 7 mars 1942, p. 938.

⁷⁹⁸ OLIVIER Cyril, « Du “crime contre la race”. L'avortement dans la France de la Révolution Nationale », *op.cit.*, p. 257 : « Les lois nouvelles accentuent la répression devant les tribunaux correctionnels : par la seule application du Code de la famille, les condamnations doublent de 1938 à 1940 ; elles triplent entre 1940 et 1943 [...] L'ambiance répressive et délétère qui sévit autour de l'avortement semble expliquer cette progression ». ECK Hélène, « Les Françaises sous Vichy. Femmes du désastre, citoyennes par le désastre ? », *op. cit.* p. 190 : il y aurait eu près de 4000 condamnations annuelles pour ce motif de 1942 à 1944 ».

⁷⁹⁹ *Journal officiel de l'État français* du 10 septembre 1941, p. 3851. Le conseil des ministres peut déférer au Tribunal d'État les auteurs des actes qui « ont été de nature à troubler l'ordre, la paix intérieure, la tranquillité publique, les relations internationales ou d'une manière générale, à nuire au peuple français ».

⁸⁰⁰ OLIVIER Cyril, « Du “crime contre la race”. L'avortement dans la France de la Révolution Nationale », *op.cit.*, p. 254.

⁸⁰¹ POLLARD Miranda, *Reign of virtue. Mobilizing gender in Vichy France*, *op. cit.*, p. 174. Le Tribunal d'État a examiné 42 affaires relatives à l'avortement : « Two people were guillotined ; fourteen were condemned to life imprisonment, and the twenty-six others were sentenced to prison terms of twenty years or less (the majority with hard labor) and fines ranging from Fr. 200,000 to Fr. 5 000 ».

249. **La restriction du travail féminin.** La révolution nationale, promue par le régime de Vichy, repose sur une définition du travail comme « fondement de la hiérarchie française »⁸⁰². Le droit permet, dès lors, d'ordonner les rôles de genre dans le domaine du travail, réservant – et parfois imposant – aux hommes le travail salarié et aux femmes la responsabilité du foyer. Ainsi la législation vichyste limite-t-elle, surtout dans les premiers temps du régime, le travail des femmes mariées et en concubinage, en particulier dans le secteur public. Les mesures restrictives à l'embauche des femmes sont prises en 1940, au moment d'une période de chômage important⁸⁰³, qui est mise en avant pour donner la priorité donnée à l'embauche des hommes⁸⁰⁴ ; les femmes mariées ou en concubinage sont ainsi enjointes de s'occuper de leur foyer. La loi du 11 octobre 1940 sur le travail féminin est du reste adoptée « en vue de lutter contre le chômage »⁸⁰⁵. L'article 2 de cette loi interdit en premier lieu l'embauche des femmes mariées dans les administrations publiques, sauf, à titre exceptionnel et pour une durée limitée, pour les femmes qui ont, antérieurement à la loi, réussi un concours de recrutement ou contracté un engagement de service de l'État. De même, les femmes peuvent être embauchées dans le cas où le revenu de leur mari n'est pas en mesure de subvenir aux besoins du ménage ainsi que, selon l'article 11, dans le cas où leur travail s'exerce de manière discontinue à proximité de leur domicile « et ne les met pas dans l'impossibilité d'accomplir les travaux de ménage ». Les agentes de plus de 50 ans sont quant à elles admises d'office à la retraite, en contrepartie d'une pension, aux termes de l'article 8. Le Conseil d'État se montre par ailleurs garant de cette limitation du travail féminin, en rappelant que l'article 216 du Code civil autorise le mari à s'opposer à l'exercice d'une profession par sa femme, celle-ci n'ayant aucun droit à décider de continuer ou de mettre fin à ses propres fonctions⁸⁰⁶.

250. La lecture de ces dispositions conduit à deux remarques. D'une part, la restriction du travail ne concerne que les femmes mariées ou en concubinage et non les femmes célibataires ou veuves ; l'inégalité de genre conduit ici à une hiérarchisation des femmes entre elles en excluant spécifiquement les épouses du travail pour protéger leur rôle dans la sphère privée. La loi du 8 octobre 1940 conforte cette idée, puisqu'elle prévoit, cette fois-ci dans le secteur privé, une

⁸⁰² Message du Maréchal Pétain, *JORF* du 11 octobre 1940, p. 5262.

⁸⁰³ ECK Hélène, « Les Françaises sous Vichy. Femmes du désastre, citoyennes par le désastre ? », *op. cit.* p. 198. POLLARD Miranda, *Reign of virtue. Mobilizing gender in Vichy France*, *op. cit.*, p. 165.

⁸⁰⁴ La restriction de l'accès des femmes aux emplois publics s'inscrit ainsi dans une politique plus large de valorisation de l'embauche des hommes et des femmes célibataires. Par exemple, la loi du 11 octobre 1940 régule le cumul d'emploi, afin de favoriser l'embauche, *JORF* du 27 octobre 1940, p. 5447.

⁸⁰⁵ Article 1^{er} de la loi du 11 octobre 1940 sur le travail féminin, *JORF* du 27 octobre 1940, p. 5547.

⁸⁰⁶ CE, 19 février 1943, *Sieur Pagès, Recueil des arrêts du Conseil d'État*. p. 44 : le Secrétaire d'État aux Communications, employeur de Mme Pagès, « en décidant qu'il ne mettrait fin aux fonctions de l'intéressée que si elle le demandait elle-même, a méconnu l'obligation résultant pour lui de la règle consacrée par l'article précité du Code civil ».

proportion minimale d'embauche de pères de famille ayant au moins trois enfants à charge et de veuves ayant au moins deux enfants à charge⁸⁰⁷. Cette loi encourage ainsi la représentation selon laquelle il revient aux pères de famille et aux veuves, devenues chefs de famille en l'absence de pères, et non aux mères de famille, de subvenir aux besoins de la famille, en particulier lorsque la famille est nombreuse.

251. D'autre part, la loi du 11 octobre 1940 autorise l'embauche des femmes mariées pouvant concilier leur travail salarié avec leurs responsabilités familiales, ce qui montre que l'essentiel pour le législateur est de préserver le rôle des épouses au sein du foyer, peu importe qu'elles rapportent ou non un deuxième salaire. Dans le même sens, l'article 4 de la loi prévoit une disposition incitant les agents publics de sexe féminin de moins de 28 ans à renoncer à leur emploi pour se marier dans un délai de deux ans, en contrepartie d'un pécule, à condition de renoncer à travailler durant le mariage⁸⁰⁸. Il ne s'agit donc pas seulement d'empêcher les femmes déjà mariées de remplir leur rôle de femmes au foyer, mais bien plus encore d'encourager les femmes non mariées à adopter ce rôle.

252. La loi du 11 octobre 1940 est néanmoins abrogée par l'ordonnance du 2 octobre 1943, sans remettre en cause les dispositions incitant au mariage. Le besoin de main-d'œuvre, notamment en Allemagne, conduit en effet la politique vichyste à encourager les départs volontaires d'hommes et de femmes et parfois à imposer le travail obligatoire, afin de pourvoir aux exigences de l'occupant⁸⁰⁹. Pourtant, si le législateur prévoit la réquisition, par les entreprises, sur commande de l'État, d'hommes et de femmes, celle des femmes ne concerne, en 1942 et en 1943, que les célibataires âgées de plus de 21 ans et de moins de 35 ans, tandis que tout homme de sexe masculin entre 18 et 50 ans est susceptible d'être réquisitionné⁸¹⁰. La loi du 1^{er} février 1944 étend, certes, l'obligation d'accepter les travaux que le gouvernement juge utiles, aux

⁸⁰⁷ Loi du 8 octobre 1940 relative à l'embauchage des pères de famille, *JORF* du 11 novembre 1940, p. 5641. C'est au préfet qu'il revient de déterminer cette proportion, dont le non-respect par l'employeur conduit au paiement par ce dernier d'une contribution à la caisse de compensation à laquelle il est affilié.

⁸⁰⁸ *JORF* du 11 novembre 1940, p. 5641 : « Tout agent de sexe féminin des collectivités ou entreprises qui [...] se démettra de son emploi pour contracter mariage avant d'avoir révolu sa 28^e année sera mise en disposition spéciale. Il aura droit, s'il se marie dans un délai de deux ans et s'il prend l'engagement de renoncer, pendant la durée de son mariage, à occuper un emploi quelconque, à attribuer d'un pécule, exclusif de toute pension basée sur la durée des services dont le montant, limité à 10000 francs au maximum, sera déterminé ainsi qu'il suit : 2000 francs pour chacune des trois années de service, 1500 francs pour les deux suivantes et 1000 francs pour la sixième. Les services accomplis après l'âge de 25 ans ne peuvent entrer en compte pour calculer ce pécule » (nous soulignons).

⁸⁰⁹ ECK Hélène, « Les Françaises sous Vichy. Femmes du désastre, citoyennes par le désastre ? », *op. cit.* p. 199.

⁸¹⁰ Article 2 de la loi du 4 septembre 1942 relative à l'utilisation et à l'orientation de la main-d'œuvre, *Journal officiel de l'État français* du 13 septembre 1942, p. 3122 : « Parmi les Français et ressortissants français résidant en France et dont l'aptitude physique aura été médicalement constatée, toute personne du sexe masculin âgée de plus de 18 ans et de moins de 50 ans, et toute personne du sexe féminin célibataire âgée de plus de 21 ans et de moins de 35 ans, peuvent être assujetties à effectuer tous travaux que le gouvernement jugera utiles dans l'intérêt supérieur de la Nation ». Si les personnes concernées enfreignent la loi, elles risquent un emprisonnement de six jours à cinq ans, et une amende allant de 16 francs à 30 000 francs. Voir également la loi du 26 août 1943, *Journal officiel de l'État français* du 27 août 1943, p. 2255. Le législateur enjoint également uniquement aux hommes entre 18 et 50 ans de pouvoir justifier d'un emploi utile au pays, aux termes de l'article 8 de la loi du 4 septembre 1942.

femmes âgées de 18 à 45 ans, visant par conséquent non plus seulement les célibataires mais aussi les femmes mariées, mais elle reste inapplicable aux mères d'enfants légitimes ou naturels à sa charge. La mobilisation des femmes ne doit pas desservir leur rôle de femme au foyer : « Les affectations correspondantes devront désigner un lieu de travail situé en France et qui permette à l'intéressée de regagner chaque soir son foyer »⁸¹¹. En outre, la loi du 16 février 1943 instituant le service de travail obligatoire (STO) est réservée aux Français de sexe masculin âgés de plus de vingt ans, établissant une inégalité de traitement entre les sexes⁸¹². Si celle-ci est défavorable aux hommes qui se voient imposer le STO, elle est aussi l'expression du cantonnement des femmes dans leur rôle de mère et d'épouse.

253. La législation vichyste tendant à limiter aux femmes l'accès au travail repose par conséquent sur une construction des rôles de genre inégalitaires, selon laquelle les individus de sexe féminin sont enjoins de remplir une fonction de mères au foyer, tandis que les individus masculins, d'autant plus lorsqu'ils sont pères de famille nombreuse, sont appelés à subvenir aux besoins de leur famille par le travail. Mais si cette construction tend à exclure les femmes mariées et mères du travail salarié ou de la fonction publique, elle conduit aussi parfois à les inclure dans la sphère publique, par la valorisation de leur rôle au sein de la famille.

254. **La nomination des femmes dans les municipalités.** La construction juridique des inégalités de genre sous Vichy ne conduit pas forcément à exclure les femmes de la sphère politique, mais tend au contraire à les intégrer « dans la construction d'un ordre politique familial »⁸¹³. L'intégration à la sphère politique ne concerne pas toutes les femmes, mais seulement celles dont le rôle social correspond à celui attendu par le régime, c'est-à-dire, bien souvent, les mères et épouses. Cette « politisation des femmes »⁸¹⁴ est liée à l'inclusion de l'institution familiale et de ses valeurs au sein des institutions publiques, ce qui redéfinit les limites entre sphère publique et sphère privée. Les pouvoirs publics sont non seulement construits sur le modèle de la famille autoritaire et hiérarchique – le maréchal Pétain, chef de l'État, se présentant aux Français comme un père⁸¹⁵ – ; mais la famille est inscrite au fondement de l'ordre politique, à travers l'intégration de ses membres, et notamment des femmes, dans les institutions publiques.

⁸¹¹ Article 2 de la loi du 1^{er} février 1944 étendant le champ d'application de la loi du 4 septembre 1942 sur l'utilisation et l'orientation de la main-d'œuvre, *Journal officiel de l'État français* du 2 février 1944, p. 358 : « Toutefois, les affectations relatives aux femmes célibataires âgées de plus de 25 ans ainsi qu'aux femmes séparées, divorcées ou veuves pourront viser tout lieu de travail en France ».

⁸¹² Loi du 16 février 1943 portant institution du service de travail obligatoire, *Journal officiel de l'État français* du 17 février 1943, p. 461.

⁸¹³ MUEL-DREYFUS Francine, *Vichy et l'éternel féminin*, *op. cit.*, p. 212.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 187.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 188.

255. La loi du 16 novembre 1940 énonce ainsi que les conseillers municipaux peuvent être de l'un ou l'autre sexe⁸¹⁶ et surtout que les conseils municipaux doivent compter une femme en leur sein. Les membres des conseils municipaux sont nommés par le ministre de l'Intérieur ou par le préfet, et non élus par le peuple, à partir d'une liste de présentation établie par le préfet ou le maire⁸¹⁷. Or, la loi prévoit que « la liste de présentation doit être établie et les nominations doivent être faites de telle sorte que le conseil municipal compte obligatoirement parmi ces membres, un père de famille nombreuse, un représentant des groupements professionnels de travailleurs, une femme qualifiée pour s'occuper des œuvres privées d'assistance et de bienfaisance nationale »⁸¹⁸. Les figures d'une famille méritante – le père d'une famille nombreuse, permettant de développer la natalité, et la femme orientée vers la sollicitude, étant aussi prévenante et attentionnée pour les plus démunis que pour ses enfants et son mari – sont par conséquent intégrées d'office dans les instances politiques locales. La « collaboration du mari et de la femme » au sein de la famille est en quelque sorte transposée au niveau communal⁸¹⁹, manifestant la porosité entre les sphères publique et privée. L'obligation de nomination de femmes dans les conseils municipaux repose ainsi sur le présupposé que le rôle de mère et d'épouse au sein de la famille, qualifie davantage les femmes que les hommes pour prendre en charge les questions sociales, d'assistance et de bienfaisance⁸²⁰.

256. L'inclusion des femmes dans la sphère politique sous Vichy est donc certaine, mais limitée, les femmes étant intégrées, non comme des individus, mais comme femmes qui doivent se conformer au rôle social attendu d'elles. Bien que les projets de constitutions élaborés sous Vichy prévoient le droit de vote des femmes, ils rejettent l'éligibilité des femmes au Parlement, ce qui montre la réticence de leurs auteurs à considérer les femmes comme des individus dans la même situation que les hommes.

257. La construction juridique des rôles sociaux différenciés pour les femmes et les hommes sous Vichy conduit par conséquent à renforcer les inégalités de traitement qui existaient déjà, pour beaucoup, sous la III^e République. Le régime de Vichy est ainsi fondé sur l'ambivalence entre, d'une part, la valorisation des femmes selon le rôle social féminin – l'épouse et la mère – et

⁸¹⁶ Article 14 de la loi du 16 novembre 1940 portant réorganisation des corps municipaux, *JORF* du 12 décembre 1940, p. 6074 : « Peuvent être nommées conseillers municipaux les personnes âgées de 25 ans accomplis, appartenant à l'un ou l'autre sexe ».

⁸¹⁷ Article 12 de la loi du 16 novembre 1940. Les membres des conseils municipaux sont nommés, dans les communes de plus de 50 000 habitants, par le ministre de l'Intérieur, sur liste de présentation établie par le préfet, après avis du maire. Ils sont nommés par le préfet dans les communes de 2001 à 50 000 habitants par le préfet, sur une liste de présentation établie par le maire.

⁸¹⁸ Article 13 de la loi du 16 novembre 1940.

⁸¹⁹ MUEL-DREYFUS Francine, *Vichy et l'éternel féminin*, *op. cit.*, p. 215.

⁸²⁰ À travers leur rôle dans les municipalités ou dans les associations catholiques féminines (associations telles que l'Union féminine civique et sociale et sa filiale la Ligue de la mère au foyer. Voir MUEL-DREYFUS Francine, *Vichy et l'éternel féminin*, *op. cit.*, p. 184) à la politique sociale, sur des sujets touchant l'enfance, l'hygiène, la prostitution, le ravitaillement, « tous ces espaces concrets de la réflexion domestique » (MUEL-DREYFUS Francine, *Vichy et l'éternel féminin*, *op. cit.*, p. 215).

d'autre part, l'infériorisation de leur statut juridique et l'exclusion de celles qui ne correspondent pas à ce modèle social. Or, le constituant de 1946, même s'il prend en compte explicitement cette différence de genre en valorisant le rôle de mère, proclame l'égalité des droits entre les femmes et les hommes dans le but d'affirmer la rupture par rapport au régime de Vichy. L'égalité des droits est ainsi reconnue par le constituant, à la fois par la prise en compte de la différence de genre et par la reconnaissance des femmes comme individus.

II. L'égalité des droits bénéficiant aux femmes comme individus et comme mères

258. L'adoption du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 se départit clairement de la restriction générale des droits individuels et des inégalités ayant eu cours pendant la Seconde Guerre mondiale⁸²¹. En se fondant sur le principe d'égalité, les constituants réaffirment en ce sens les droits de l'homme et du citoyen de la Déclaration de 1789 et proclament des principes économiques et sociaux. L'égalité occupe en effet une « place de choix » dans les valeurs inscrites dans le Préambule⁸²², par la référence aux termes « tout homme », « tout être humain », « chacun », « tous », « droits égaux », « tous les Français », « l'égal accès ». Elle se manifeste, plus particulièrement, par trois aspects : d'abord par la volonté de ne plus distinguer au regard de la race, de la religion ou de la croyance dans la garantie des droits (alinéa 1^{er}) ; ensuite, par l'extension des droits individuels, civils et politiques, aux catégories jusque-là exclues du bénéfice de ces droits, tels que les femmes (alinéa 3) ; et enfin, par la lutte contre les inégalités sociales⁸²³ touchant des catégories vulnérables, telles que les travailleurs (alinéas 5, 6, 7 et 8) les demandeurs d'asile (alinéa 4), les enfants, les mères, les handicapés et les vieux travailleurs (alinéa 11).

259. L'égalité des droits entre les femmes et les hommes ne s'exprime donc pas à travers une indifférenciation de l'énoncé juridique au regard du sexe⁸²⁴. Au contraire, la prise en compte de la différence des sexes ou du rôle social de « mère » permet l'extension explicite aux femmes de la garantie des droits. Deux mouvements caractérisent ainsi l'affirmation de l'égalité entre les femmes et les hommes par les constituants de 1946 : d'une part, l'alignement, par l'alinéa 3, du

⁸²¹ Alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ».

⁸²² CHEVALLIER Jacques, « Essai d'analyse structurale du Préambule », in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, Paris, PUF, 1996, p. 25-26 : « L'énoncé de base du Préambule peut être ainsi formulé : la Nation garantit aux hommes des droits égaux ».

⁸²³ BORGETTO Michel, « Égalité, solidarité... Équité ? », in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques, op. cit.*, p. 239 : « Le Préambule de la Constitution de 1946 se présente comme une tentative de synthèse entre les principes libéraux issus de la Révolution de 1789 et les idées socialisantes développées à partir du XIX^e siècle ou, ce qui revient au même, comme une tentative de prolongation de la démocratie politique par la démocratie sociale ».

⁸²⁴ Si l'alinéa 1^{er} proclame que tout être humain possède des droits inaliénables et sacrés « sans distinction de race, de religion, ni de croyance », la formule « sans distinction de sexe » n'y figure pas (cf. *infra*).

statut des femmes sur celui des hommes en termes de garantie des droits et, d'autre part, la protection spécifique des mères en matière sociale par l'alinéa 11. Cette double manifestation de l'égalité des sexes correspond à la philosophie générale du Préambule : l'égalité est à la fois la garantie des droits de l'individu « abstrait » et la protection sociale de l'individu « situé », selon l'expression de Georges Burdeau⁸²⁵, défini par son rôle au sein de la société ou par sa particulière vulnérabilité⁸²⁶. Ce double-mouvement peut être appliqué à l'égalité des sexes affirmée en 1946, qui prévoit de concilier la protection spécifique des femmes et le principe d'égalité : l'idée d'une telle combinaison provient du reste des femmes présentes à l'Assemblée constituante, qualifiées parfois de « *Founding Mothers* » en raison de leur rôle pionnier dans la proclamation de l'égalité des sexes⁸²⁷. Il convient ainsi de mettre en évidence ce double-mouvement, alliant la reconnaissance des femmes comme individus bénéficiant de droits individuels (1), et comme des êtres genrés, dont le rôle social appelle à la reconnaissance de droits sociaux spécifiques (2).

A. L'alignement du statut juridique des femmes à celui des hommes en matière de droits individuels

260. L'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit l'alignement, par la loi, du statut juridique des femmes sur celui des hommes, en énonçant – sans faire mention du substantif « égalité » mais de l'expression « droits égaux » – que : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Cette inclusion explicite des femmes dans la jouissance des droits affirmés en 1789 ne s'apparente donc pas à un principe de non-discrimination en raison du sexe, qui interdirait au législateur de procéder à des distinctions fondées sur le sexe. Une telle inclusion conduit les constituants à reconnaître que les droits de l'homme ont jusque-là bénéficié principalement aux individus masculins. Mais cet alignement, fondé sur un standard masculin, pose la question de la possibilité pour les femmes de jouir concrètement de droits définis à l'origine pour les hommes.

⁸²⁵ BURDEAU Georges, *La démocratie. Essai synthétique*, Bruxelles, Office de publicité, 1956, p. 19. Avec l'avènement du peuple réel suite aux révolutions de 1848 et 1871, « un être totalement neuf apparaît sur la scène politique : l'homme concret, défini non par son essence ou par sa parenté avec un type idéal, mais par les particularités qu'il doit à sa situation contingente où il se trouve placé. Cet homme qui est moins qu'il n'est produit, c'est l'homme situé ; c'est celui que nous rencontrons dans les relations de la vie quotidienne, tel que le caractérisent sa profession, ses modes et ses moyens de vivre, ses goûts, ses besoins, les chances qui s'offrent à lui ».

⁸²⁶ CHEVALLIER Jacques, « Essai d'analyse structurale du Préambule », *op. cit.*, p. 25 : « Le Préambule tend ainsi à prendre en compte non plus seulement l'être humain, mais encore l'être situé, en accordant une protection spécifique à certaines catégories sociales apparues au fil de l'évolution technique, économique et sociale et en s'intéressant à certains groupes dans lesquels il s'insère ».

⁸²⁷ SUK Julie, « Feminist constitutionalism and the entrenchment of motherhood », *Studies in Law, Politics and Society, Special Issue : Law and the Imagining of Difference*, Vol. 76, 2018, p. 123 et s.

261. **L'extension explicite des droits de l'homme et du citoyen aux femmes.** Par opposition au régime de Vichy, caractérisé par la limitation des droits des individus au profit de l'État et de la famille, les constituants de 1946 soulignent de nouveau l'importance de l'individu en réaffirmant « solennellement », à l'alinéa 1^{er}, les droits de l'homme et du citoyen de 1789⁸²⁸. Or, les femmes sont désormais comprises dans la définition de l'individu et du citoyen abstrait jouissant de ces droits, alors que le régime précédent niait l'individualité des femmes et fondait l'inégalité juridique sur la définition des femmes comme mères et épouses⁸²⁹. En 1946, comme dans les débats préconstituants de 1944, l'individualité des femmes constitue donc un argument pour leur étendre les droits, les femmes ayant prouvé, en particulier par leur « héroïsme » pendant la guerre⁸³⁰, leur capacité à agir en tant que citoyennes. Le droit de vote des femmes est inscrit à l'article 4 de la Constitution de 1946 et repris par les constituants comme une marque de l'égalité des femmes à exercer la citoyenneté : « Les femmes ont été nombreuses à rendre des services éminents dans la résistance et certaines sont sur les bancs de cette Assemblée. Nous avons pensé que ce suffrage féminin, dont on peut bien dire qu'il est une véritable conquête de la résistance française, il ne pouvait être aujourd'hui question de le remettre en cause »⁸³¹. Le droit de suffrage est par conséquent reconnu aux femmes comme droit individuel. Les propositions visant l'instauration d'une représentation indirecte des femmes par le vote familial⁸³² ou plural sont rejetées durant les débats à l'Assemblée constituante, la reconnaissance du suffrage féminin ayant rendu pour beaucoup obsolète la question du vote familial⁸³³.

262. Dans les deux projets de constitutions, il s'agit donc d'inclure dans la communauté des citoyens de plein exercice tous ceux, y compris les femmes, qui en ont été exclus depuis 1789, en

⁸²⁸ La question du renvoi par le Préambule de la Constitution de 1946 à la Déclaration de 1789 a suscité des controverses lors des débats des Assemblées constituantes. Tandis que le premier projet de Constitution du 19 avril 1946 retient plutôt une approche « relativiste » de la Déclaration de 1789, aboutissant à la dépasser pour établir une nouvelle Déclaration des droits alliant libertés individuelles et droits sociaux et économiques, le second projet retient une approche « absolutiste » de la Déclaration, conduisant à affirmer sa juridicité par un renvoi exprès au texte de 1789. Voir CHEVALLIER Jacques, « Essai d'analyse structurale du Préambule », *op. cit.*, p. 14.

⁸²⁹ Séance du 19 avril 1946, *JORF*, p. 2059 : « Nous voterons pour la constitution car elle contient l'affirmation de l'égalité des sexes et cette amélioration à l'application des grands principes qui n'étaient peut-être pas sur ce plan au moins tellement complète, étendant à nos compagnes des droits dont l'égoïsme masculin les avait jusqu'ici frustrées, vient à nos yeux, oh non pas seulement remercier les femmes de notre pays de leurs sacrifices héroïques dans la résistance à l'oppression, mais surtout réparer l'injustice dont elles étaient jusqu'alors les victimes ».

⁸³⁰ Intervention du Vincent Auriol, lors de la séance du 19 avril 1946, *JORF*, p. 2070.

⁸³¹ Le Rapporteur du second projet de Constitution, lors de la séance du 20 août 1946, *JOFR*, p. 3186.

⁸³² Séance du 2 avril 1946, *JORF*, p. 1374 : Hélène de Suzannet émet une proposition du vote familial, au bénéfice du chef de famille.

⁸³³ Séance du 3 septembre 1946, p. 3482. La proposition d'amendement pour établir le vote familial plural, par Edmond Barrachin est rejetée par Maurice Deixonne : « A qui d'ailleurs, allez-vous attribuer le vote plural ? Au mari ou à la femme ? C'est une question qui ne se posait pas au temps où les femmes n'avaient pas le droit de vote. Ce n'est heureusement plus le cas aujourd'hui ».

montrant que les différences de situation fondées sur le sexe, la race ou la religion ne sont plus pertinentes pour mettre en place des différences de traitement juridique⁸³⁴.

263. L'alinéa 3 de la Constitution ne détient toutefois qu'une fonction d'habilitation⁸³⁵, et non de garantie des droits, puisqu'il revient à « la loi » de garantir des droits égaux aux femmes. Ainsi, certains commentateurs ont affirmé que la formulation de l'alinéa 3 était « trop vague pour que l'on puisse en déduire des conséquences précises »⁸³⁶. Toutefois, elle sert effectivement de fondement juridique à l'action du législateur et du juge, dans la seconde partie du XX^e siècle, pour garantir l'égalité des droits « dans tous les domaines » et en particulier en matière de droits civils et de droits sociaux⁸³⁷. En outre, les assemblées nationales constituantes de 1946 garantissent déjà l'identité de traitement entre les sexes en prévoyant, par exemple, lors de l'adoption du statut général des fonctionnaires, l'indistinction de principe au regard du sexe des normes relatives aux fonctionnaires⁸³⁸, ainsi que l'accès des femmes à la magistrature⁸³⁹, aux travaux miniers⁸⁴⁰ ou encore à l'armée, postes réservés auparavant aux hommes⁸⁴¹.

264. L'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit donc une habilitation du législateur pour étendre les droits des hommes aux femmes. Toutefois, en l'absence de l'affirmation d'un principe de non-discrimination en raison du sexe – en 1946 comme en 1958 –, il est en principe loisible au législateur de procéder à des distinctions selon le sexe, tant que l'égalité des droits est respectée.

⁸³⁴ Voir par exemple l'intervention de Maurice Guérin lors de la séance du 8 mars 1946, *JORF*, p. 641 : « Nous approuvons enfin cette sorte d'interdiction de placer dans une situation d'infériorité contraire à sa dignité et permettant son exploitation toute personne humaine en raison de son sexe, de son âge, de sa couleur, de sa nationalité, de sa religion, de ses opinions, de ses origines ethniques ou autres. Cette égalité substantielle de tous les hommes et de toutes les femmes, de tous les êtres humains auxquels nous attachons sans aucune distinction, la même valeur essentielle car nous croyons à la fraternité universelle ».

⁸³⁵ TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 2. Les « énoncés habilitants » peuvent être définis comme « des énoncés juridiques en vertu desquels un acteur dispose de la faculté de produire une norme ».

⁸³⁶ PELLOUX Robert, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1947, p. 370.

⁸³⁷ Cf. partie I, titre II, chapitre I.

⁸³⁸ Séance du 5 octobre 1946, *JORF*, 4678 : L'article 7 du projet de statut général des fonctionnaires dispose qu'« aucune distinction pour l'application du présent statut n'est faite entre les deux sexes sous réserve des dispositions spéciales qu'il prévoit ».

⁸³⁹ Séance du 5 avril 1946, *JORF*, p. 1496 : adoption de la proposition de loi de Robert Lecourt : « Tout français, de l'un ou l'autre sexe, répondant aux conditions légales, peut accéder aux fonctions de la magistrature ».

⁸⁴⁰ Séance du 28 février 1946, *JORF*, p. 516. La députée Jeannette Vermeersch demande au ministre de la production industrielle que les femmes inscrites aux mines et celles qui souhaiteraient y travailler obtiennent « la place qu'elles revendiquent dans la production », leurs demandes d'emploi ayant été rejetées. Le ministre estime que les règlements antérieurs qui empêchaient l'emploi des femmes mariées dans les mines doivent être dépassés : « Des instructions ont été données aux houillères nationales pour que les femmes mariées puissent participer à l'effort de production. En conséquence, toutes les demandes d'emploi formulées recevront satisfaction ».

⁸⁴¹ Séance du 31 décembre 1945, *JORF*, p. 694. La Commission des finances se refuse, lors de l'examen du projet de loi ouvrant les crédits pour la défense nationale, « à exclure les femmes de l'armée » et « demande que l'effectif prévu, fin 1946, de 3000 unités, soit essentiellement constitué par des cadres nécessaires à une éventuelle mobilisation féminine et non pas à un corps de dactylos et de standardistes comme semblaient l'avoir prévu nos services ».

265. **L'absence d'une définition de l'égalité comme principe de non-discrimination en raison du sexe.** Si les constituants de 1946 ont affirmé que les droits de l'homme devaient être garantis « sans distinction de race, de religion, ni de croyance », ils n'ont pas estimé opportun d'inclure le sexe parmi ces critères de non-discrimination. Dès lors, théoriquement, aucune disposition constitutionnelle n'empêcherait le législateur de procéder à des discriminations selon le sexe. L'absence d'une définition de l'égalité des sexes comme exigence de non-discrimination n'est du reste pas limitée pas à la Constitution de 1946 : le constituant de 1958 n'a pas non plus inscrit le sexe comme motif de discrimination prohibé. Ainsi, bien que la Constitution du 4 octobre 1958 renvoie expressément au Préambule de celle de 1946⁸⁴² – et donc, à l'égalité des sexes – et réitère l'égalité des sexes en matière de suffrage⁸⁴³, elle ne mentionne cependant pas le critère du sexe parmi les critères des discriminations prohibées à l'article 1^{er}. Le constituant de 1958 a en effet seulement inclus au sein des valeurs de la République « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Or, selon certains commentateurs, l'inscription de cette disposition dans la dernière phase de rédaction du projet de Constitution⁸⁴⁴ – lors du Conseil des ministres du 3 septembre 1958 – visait « à lutter contre des discriminations encore mal effacées, contre des privilèges sans cesse renaissants, comme à rappeler que les différences de confessions religieuses ne doivent pas porter atteinte à l'égalité des citoyens »⁸⁴⁵. Il semble donc que les constituants n'aient pas jugé que l'existence d'inégalités de traitement entre les femmes et les hommes nécessitait la prohibition expresse des discriminations en raison du sexe par la Constitution.

266. Cette absence de consécration d'un principe de non-discrimination en raison du sexe par les constituants de 1946 et de 1958 a d'ailleurs été soulignée par la suite, notamment par le commissaire du gouvernement Terry Olson dans ses conclusions dans l'affaire *Lesourd* examinée par le Conseil d'État en 2007 à propos de la parité dans les jurys de concours⁸⁴⁶. Aucun principe constitutionnel de non-discrimination en raison du sexe ne semble dès lors pouvoir empêcher le législateur d'adopter des dispositifs différencialistes. Le Conseil constitutionnel a pourtant bien

⁸⁴² Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 ».

⁸⁴³ Article 3 alinéa 4 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ».

⁸⁴⁴ PORTEMER Jean, « La souveraineté », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Tome IV, Paris, La Documentation française, 2001, p. 217 : « Ce texte ne figurait ni dans l'avant-projet initial, ni dans celui du Comité consultatif constitutionnel, ni dans le texte soumis au Conseil d'État, ni dans les obligations de la Haute Assemblée. C'est une adjonction ultime apportée par le dernier Conseil des ministres précédant la publication du projet de Constitution ».

⁸⁴⁵ PORTEMER Jean, « La souveraineté », *op. cit.*, p. 217.

⁸⁴⁶ Conclusions du commissaire du gouvernement Terry Olson (CE, 22 juin 2007, *Lesourd*, n° 288206) : « La discrimination en fonction du sexe ne fait pas partie des discriminations prohibées en vertu du Préambule de 1946 (race, religion, croyance) ou de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 (origine, race, religion). Elle est prohibée par l'article 3 pour les élections politiques ».

sanctionné de tels dispositifs, mais plutôt sur le fondement du principe général d'égalité issu de l'article 6 de la Déclaration de 1789⁸⁴⁷ et n'a que très rarement mobilisé l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946⁸⁴⁸.

267. Le fait que les parlementaires envisagent à l'heure actuelle⁸⁴⁹ de modifier l'article 1^{er} de la Constitution afin d'y inscrire « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de sexe »⁸⁵⁰ montre précisément qu'ils souhaitent en 2018 se départir de la logique d'extension des droits de l'alinéa 3 du Préambule de 1946, pour affirmer la conception de l'égalité des sexes comme exigence non-discrimination. Les rapports de la délégations aux droits des femmes critiquent ainsi la « formulation datée » de l'alinéa 3, sous-tendue par une logique de « rattrapage des droits qui ont été donnés en premier lieu de manière naturelle aux hommes »⁸⁵¹. Plutôt que d'affirmer une égalité des droits symétrique entre les sexes⁸⁵², une telle formulation refléterait une logique d'« octroi » des droits au « deuxième sexe »⁸⁵³. Les parlementaires insistent dès lors sur l'évolution de la conception de l'égalité des sexes⁸⁵⁴ et sur la nécessité de placer l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe au même rang que l'interdiction des discriminations fondées sur la race, l'origine ou la religion⁸⁵⁵.

268. Par conséquent, alors qu'à l'heure actuelle l'égalité des sexes est appréhendée dans une logique de « non-distinction », le Préambule de la Constitution de 1946 tend à définir l'égalité

⁸⁴⁷ Cf. partie I, titre II, chapitre I.

⁸⁴⁸ Comme le faisait remarquer Anne Levaide en 2004 (LEVAIDE Anne, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004, n° 111, p. 70). Depuis, seules quelques décisions renvoient à ce fondement : Cons. constit., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC sur la loi relative à l'égalité salariale ; 9 janvier 2014, n° 2013-360 QPC (perte de nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère – égalité entre les sexes). Voir sur ce point : BILLON Annick, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, enregistré à la présidence du Sénat le 17 juillet 2018, p. 147.

⁸⁴⁹ Déjà lors de la révision constitutionnelle de 2008, modifiant l'article 1^{er} de la Constitution pour y inclure l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales, certains parlementaires ont souhaité ajouter au principe d'égalité sans distinction d'origine, de race et de religion, la non-discrimination selon le sexe et l'orientation sexuelle (voir l'amendement n° 368 déposé par Mmes Boumediene-Thiery, Blandin et Voynet et MM. Desessard et Muller, lors de la séance du 18 juin 2008 au Sénat). La sénatrice Alima Boumediene-Thiery avait ainsi fait valoir que : « L'égalité des sexes et l'orientation sexuelle n'étaient certainement pas des préoccupations majeures du constituant de 1958. C'est désormais le cas ! En effet, l'égalité des femmes et des hommes est au cœur de l'action publique et constitue l'un des principes qui fondent notre République. Nous devons non seulement l'inscrire de manière explicite dans l'article 1^{er} de la Constitution, mais également lutter contre les discriminations » (séance du 18 juin 2008 au Sénat). Voir également la proposition de loi constitutionnelle modifiant l'article premier de la Constitution pour y inscrire le principe d'égalité devant la loi sans distinction de sexe, présentée notamment par Chantal Jouanno, enregistré à la présidence du Sénat le 8 mars 2017.

⁸⁵⁰ Amendements identiques CL 1516 des rapporteurs Richard Ferrand (LaREM), Yaël Braun-Pivet (LaREM) et Marc Fesneau (MoDem), CL 406 de Marie-Pierre Rixain (LaREM), CL 1419 de Fabien Gouttefarde (LaREM).

⁸⁵¹ BILLON Annick, Rapport précité, p. 18.

⁸⁵² RIXAIN Marie-Pierre, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 20 juin 2018, p. 16.

⁸⁵³ BILLON Annick, Rapport précité, p. 18 : « Lors de son audition par la délégation, le 5 juillet 2018, Ferdinand Mélin-Soucramanien, professeur de Droit public à l'Université de Bordeaux, a estimé que la formule du troisième alinéa du Préambule de 1946 était « à l'image des concessions ou des droits "octroyés" dans les textes anciens ».

⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 24.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 25.

davantage comme un alignement du statut des femmes sur celui des hommes en matière de garantie des droits, que comme une exigence de non-discrimination en raison du sexe. Or, en procédant à tel alignement, le constituant conduit à admettre et peut-être à entériner, une définition des droits de l'homme forgée sur le modèle masculin.

269. **La persistance d'un modèle masculin comme standard des droits de l'homme.** Le texte de l'alinéa 3 du Préambule n'énonce pas que le législateur garantit aux femmes et aux hommes des droits égaux, mais bien que la loi garantisse « à la femme, des droits égaux à ceux de l'homme ». La différence de formulation est significative, car elle sous-entend que les droits de l'homme n'ont jusque-là pas bénéficié aux femmes. Comme l'affirme la sénatrice Goldet : « La formulation retenue par le Préambule concernant l'égalité des sexes traduit clairement la situation objective de la femme à qui il reste à conquérir des droits égaux à ceux de l'homme »⁸⁵⁶. Toutefois, affirmer qu'« il eût été plus juste de prévoir que la loi garantit des droits égaux à l'homme et à la femme »⁸⁵⁷ ne nous semble pas opportun. En effet, la formulation retenue par les constituants a pour effet de révéler explicitement le caractère androcentré des droits de l'homme. Par cet énoncé, les constituants reconnaissent l'exclusion des femmes de l'égalité des droits et admettent les lacunes de la Déclaration des droits de 1789 sur cette question, comme l'affirme Édouard Herriot⁸⁵⁸. Néanmoins, la volonté de remédier aux lacunes de la Déclaration de 1789, du moins en matière d'égalité des sexes, est davantage notable dans le premier projet de Constitution adopté le 19 avril et rejeté par le référendum du 5 mai 1946. En effet, le premier projet diffère du second, en ce qu'il inscrit l'égalité entre les hommes et les femmes directement à l'article 1^{er} de la Déclaration des droits, en complétant ainsi explicitement la formule « tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux devant la loi » par l'alinéa « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

270. La formulation asymétrique retenue par le constituant – ce sont les droits « de l'homme » qui sont étendus aux femmes – conduit toutefois à deux interrogations, quant à la persistance d'une définition des droits de l'homme ayant été construite par et pour les hommes. En premier lieu, les pratiques et les représentations politiques restent dominées par les hommes. Ce constat repose certes davantage sur une analyse sociologique et ne dit rien du caractère androcentré des *discours juridiques* portant sur les droits politiques. Mais il interroge tout de même l'inclusion

⁸⁵⁶ GOLDET Cécile, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles du Sénat sur le projet de loi modifiant l'article 7 de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, n° 92, 1^{ère} session ordinaire, 1981-1982, p. 3.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 3.

⁸⁵⁸ Séance du 8 mars 1946, *JORF*, p. 638. Édouard Herriot souhaite compléter la Déclaration des droits de 1789, en admettant ses lacunes : « Des lacunes, il y en a une qui est relative aux droits des femmes ».

effective des femmes dans la sphère des citoyens. Celle-ci suppose que les femmes puissent correspondre aux valeurs masculines qui ont construit le modèle du citoyen abstrait⁸⁵⁹. Or, précisément, la faible présence des femmes au sein des fonctions politiques, même après la reconnaissance juridique des droits politiques aux femmes, provient notamment du fait que l'organisation du travail politique a été construite sur le modèle masculin⁸⁶⁰, sans prendre en compte les responsabilités domestiques incombant dans les faits le plus souvent aux femmes⁸⁶¹. Par exemple, s'agissant du statut de l'élu, les horaires des séances au Parlement prévus par les règlements des assemblées sont difficilement compatibles avec l'exercice des responsabilités familiales⁸⁶². Dès lors, la « division sexuée du travail dans l'ordre social »⁸⁶³ conduit à rendre plus difficile l'accès à la sphère politique pour les femmes, devant concilier leurs fonctions politiques avec le rôle attendu d'elles dans la sphère domestique. Par conséquent, seules les femmes qui sont parvenues à mettre à l'écart leur rôle au sein de la sphère privée tendent à accéder aux fonctions politiques.

271. La conception androcentrée des droits politiques conduit, en outre, à limiter l'accès des femmes à des fonctions politiques qui reflètent les valeurs féminines, fonctions qui sont considérées comme de moindres importances⁸⁶⁴. Ainsi, l'attribution aux femmes de portefeuilles ministériels après la Libération et jusqu'aux années 1980, « s'est opérée sur la base d'une représentation traditionnelle des qualités supposées féminines et du lien étroit que les femmes entretenaient avec les affaires sociales (secrétariats d'État à la Famille, la Jeunesse, l'Éducation, la Santé, le Social, etc.) »⁸⁶⁵. En revanche, les ministères liés aux fonctions régaliennes de l'État, tels que celui de l'intérieur, des finances, de la défense ou de la justice, sont longtemps demeurés confiés aux hommes. Par exemple, la première femme nommée ministre en 1947 au sein du

⁸⁵⁹ SCOTT Joan, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 231 : « Quand les femmes sont devenues citoyennes, l'individu abstrait a semblé se pluraliser ; en fait, il est au mieux devenu neutre, et il est probablement plus juste d'affirmer qu'il est resté masculin. La catégorie a subsumé les femmes, qui ont pu exercer leur droit de vote parce qu'elles étaient présentées comme une version de l'homme ».

⁸⁶⁰ ACHIN Catherine, LEVÉQUE Sandrine, *Femmes en politique*, *op. cit.*, p. 32 : « S'il est connu que les dispositions à la « vocation politique » sont l'apanage de certaines catégories sociales, la domination masculine est un autre vecteur de violence symbolique qui conduit, le plus souvent, les uns (les hommes) à développer des dispositions à la professionnalisation politique et les autres (les femmes) à des logiques d'auto-exclusion ».

⁸⁶¹ BENCHIKH Mérahba, *Femmes en politique : « Le troisième sexe » ?*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 85 : « L'organisation de la vie politique semble bien incompatible avec une vie de famille, voire un investissement professionnel, tout particulièrement pour les femmes. Les principales manifestations de ce phénomène sont la lourdeur, l'intensité et la flexibilité d'une activité en fin de journée, parfois nocturne ou concentrée sur les week-ends [...]. Ce fonctionnement politique est généralement incompatible avec la vie des femmes prioritairement tournée vers la famille du fait de leur assignation à l'espace domestique ».

⁸⁶² Voir par exemple l'actuel règlement de l'Assemblée nationale, à l'article 50.

⁸⁶³ ACHIN Catherine, LEVÉQUE Sandrine, *Femmes en politique*, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁶⁴ BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 95 : « L'ambiguïté essentielle de l'État tient pour une part déterminante au fait qu'il reproduit dans sa structure même, avec l'opposition entre les ministères financiers et les ministères dépensiers, entre sa main droite, paternaliste et sa main gauche, tournée vers le social, la division archétypale entre le masculin et le féminin, les femmes ayant partie liée avec l'État social, en tant que responsables et en tant que destinataires privilégiées de ses soins et de ses services ».

⁸⁶⁵ BENCHIKH Mérahba, *Femmes en politique : « Le troisième sexe » ?*, *op. cit.*, p. 160.

gouvernement Schuman, Germaine Poinso-Chapuis, occupe la fonction de ministre de la santé et de la population, correspondant ainsi aux fonctions convenant à une femme, car se situant « dans le prolongement des fonctions domestiques : enseignement, soins, service »⁸⁶⁶. De même, les femmes occupent davantage des postes de secrétaires d'État ou de sous-secrétaires d'État, que de ministres, en particulier jusque dans les années 1980, demeurant ainsi « sous la tutelle » d'hommes⁸⁶⁷. Par conséquent, en dehors même de la question du déséquilibre numérique en faveur des hommes, la sphère politique demeure androcentrée, dans le sens où les femmes sont nommées à des postes de moindre responsabilité et où l'attribution de domaine de compétence aux femmes reproduit la division des rôles de genre inégalitaires existant au sein de la sphère familiale.

272. En second lieu, le caractère androcentré des droits de l'homme pose la question de la place des besoins spécifiques des femmes dans la garantie des droits. En effet, si l'alinéa 3 du Préambule offre aux femmes la garantie de droits égaux à ceux des hommes, il ne peut en revanche servir de fondement à la reconnaissance de droits protégeant de façon spécifique les femmes. Il s'agit par exemple des droits en lien avec la spécificité des femmes en matière de grossesse, de maternité ou encore d'avortement, dont la reconnaissance n'est dès lors pas envisageable sous l'angle de l'égalité au sens de l'alinéa 3 du Préambule, puisque les hommes ne bénéficient pas de tels droits. Toutefois, le constituant de 1946 prévoit, cette fois-ci à l'alinéa 11 du Préambule, d'accorder une protection spécifique aux mères, en matière d'égalité sociale.

B. La reconnaissance de l'individu « genré » dans la garantie de l'égalité des droits sociaux

273. L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit la garantie de l'égalité en matière de droits sociaux. La référence au principe d'égalité s'exprime en effet à travers l'expression : la Nation « garantit à tous », tandis que les droits sociaux mentionnés sont « la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Néanmoins, pour que ces droits sociaux bénéficient de façon égale « à tous », la disposition ajoute une protection spécifique de catégories considérées comme vulnérables : les enfants, les mères, les vieux travailleurs ou encore les personnes se trouvant dans l'incapacité de travailler. Dans une logique de justice sociale, les constituants tendent à prendre en compte l'individu « situé », « concret », caractérisé

⁸⁶⁶ BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 101.

⁸⁶⁷ BENCHIKH Mérahba, *Femmes en politique : « Le troisième sexe » ?*, *op. cit.*, p. 160. Entre 1936 et 1981, l'auteur relève que les femmes ont occupé 5 fonctions de ministre, 13 fonctions de secrétaires d'État et 5 fonctions de sous-secrétaires d'État.

par sa vulnérabilité, et à se départir de l'individu « abstrait »⁸⁶⁸ afin de permettre une solidarité dans la garantie des droits sociaux⁸⁶⁹. L'individu « situé » est dès lors également un individu « genré », l'Assemblée nationale constituante reconnaissant aux femmes une protection spécifique en matière de droits sociaux. C'est le cas, par exemple, lors de l'adoption d'une proposition de résolution de Rose Guérin visant à accorder un droit de priorité en matière de logement aux femmes de déportés politiques non rapatriés en France⁸⁷⁰. De même, les femmes fonctionnaires font l'objet d'une protection spécifique, à travers l'adoption de l'article 139 du projet de statut général des fonctionnaires qui, « garantissant le droit des femmes fonctionnaires » en matière de retraite, prévoit qu'« en aucun cas le montant de la pension d'ancienneté ne peut être inférieur au minimum vital »⁸⁷¹. Mais c'est surtout en tant que mères de famille que les femmes vont bénéficier d'une attention particulière de la part des constituants.

274. **La protection spécifique des mères.** Au nom de l'égalité des droits sociaux, l'alinéa 11 du Préambule accorde une protection des femmes dans l'exercice de leur rôle social de mère. En effet, les droits sociaux énumérés à l'alinéa 11 peuvent être déclinés aux mères par une législation spécifique, élaborée hors de l'Assemblée constituante de 1946. Ainsi, la sécurité matérielle et le droit au repos peuvent renvoyer aux congés de maternité ; le droit au repos peut également se manifester à travers la prise en compte de la maternité lors du calcul des pensions de retraite des mères. Certains dispositifs visant la protection sociale des mères apparaissent toutefois déjà lors des Assemblées constituantes de 1946. Par exemple, la loi sur les prestations familiales adoptée le 6 août 1946 prévoit, en plus des allocations prénatales et des allocations de maternité, que les allocations familiales soient accordées aux mères élevant seules leurs enfants, dès le premier enfant, et non à partir du deuxième enfant comme l'énonce la règle générale⁸⁷². En outre, lors des débats relatifs à l'ouverture des crédits de 1946, les parlementaires marquent leur volonté d'allouer une partie des taxes sur les produits bruts des jeux dans les casinos, à l'ouverture de crèches dans les grandes villes, afin de satisfaire les besoins des mères ouvrières⁸⁷³. Par ailleurs, lors de l'examen de l'article 23 du projet de Déclaration, la députée Germaine Degrand estime

⁸⁶⁸ Voir l'intervention du député Le Bail, lors de la séance du 27 août 1946, p. 3331 : « L'Homme de la Déclaration de 1789 restait un homme abstrait, nous l'avons replongé dans la vie sociale ».

⁸⁶⁹ BORGETTO Michel, « Égalité, solidarité... Équité ? », *op. cit.*, p. 240.

⁸⁷⁰ Séance du 21 septembre 1946, *JORF*, p. 3924.

⁸⁷¹ Séance du 5 octobre 1946, *JORF*, p. 5707.

⁸⁷² Article 9 du projet de loi sur les prestations familiales, séance du 6 août 1946, *JORF*, p. 2994.

⁸⁷³ Voir l'intervention de Marcelle Rumeau lors de la séance du 26 avril 1946, *JORF*, p. 2369 : « Il est certain que dans notre peuple, dans la classe ouvrière en particulier, les mères attendent avec impatience la création des crèches ».

que la protection sociale des mères ne doit pas uniquement concerner les mères au sein du mariage, mais également les mères d'enfants naturels⁸⁷⁴.

275. Les constituants prennent donc explicitement en compte la vulnérabilité des mères et protègent ainsi les femmes au regard de leur rôle social. Comme sous la III^e République et durant le régime de Vichy, la maternité est en ce sens fortement valorisée dans les débats de 1946, les droits des femmes étant souvent liés à la protection de la famille et des enfants, dans une perspective nataliste et familialiste. Ainsi pour la députée Roca, la protection des droits des femmes permet à ces dernières de « remplir leurs devoirs de citoyennes, de mères et d'épouses » dans le but de reconstruction nationale : « Pour que notre pays retrouve sa force, sa grandeur, il doit être doté de nombreux et beaux enfants, de grandes et belles familles »⁸⁷⁵. Les parlementaires escomptent donc que la protection des mères permette la protection de la famille, la mission sociale des femmes en tant que mères étant, selon cette conception, de défendre sa famille et ses enfants⁸⁷⁶. Cependant, si cette valorisation de la maternité est fondée sur les inégalités de genre assignant les femmes à la sphère domestique, elle n'est pas appréhendée, à l'instar du régime de Vichy, comme conduisant à des inégalités de traitement juridiques en défaveur des femmes, mais davantage comme accordant une protection sociale à celles-ci. Surtout, elle est affirmée en parallèle de la construction des femmes comme individus dotés de droits civils et politiques.

276. L'analyse des deux projets de constitutions montre qu'à l'inverse du second projet finalement adopté, le premier projet de Préambule, prévoyant une déclaration des droits civils, politiques, économiques et sociaux, liait davantage les droits des femmes à ceux de la famille et renforçait l'idée d'une assignation des femmes à la sphère familiale. L'article 24 du premier projet du 19 avril 1946 énonçait dans le même temps la garantie des conditions nécessaires au libre développement de la famille et la protection des mères et des enfants « par une législation et des institutions sociales appropriées ». Plus encore, l'article 24 du premier projet prévoyait explicitement l'assignation des femmes à leur rôle de mère et la conciliation de ses droits individuels avec ce rôle social, en énonçant que la Nation « garantit à la femme l'exercice de ses fonctions de citoyenne et de travailleuse dans des conditions qui lui permettent de remplir son rôle de mère et sa mission sociale ». Aux termes de cet article, les droits individuels des femmes

⁸⁷⁴ Séance du 19 mars 1946, *JORF*, p. 874 : « Nous désirons précisément que les mères qui, pas toujours sous la contrainte, mais quelquefois volontairement, aient le droit de les élever dans le respect et la dignité ».

⁸⁷⁵ Séance du 27 août 1946, *JORF*, p. 3332.

⁸⁷⁶ Cette idée est également présente dans le discours de la députée Germaine Peyroles, qui affirme que le droit de vote conduit les femmes à défendre avant tout leur famille : « J'ai dit ici, et aucune maman ne me contredira, que s'il est au cœur des femmes de notre pays une passion naturelle et tenace, cette passion s'appelle, pour chacun d'entre nous, sa famille [...]. Le bulletin de vote est entre les mains de toutes les femmes, une arme offensive ou défensive au service de ce qu'elles ont de plus cher au monde » (séance du 27 août 1946, *JORF*, p. 3330).

étaient dès lors conditionnés par la réussite de leur mission sociale de mère. Le second projet, adopté par les constituants, contient au contraire deux alinéas distincts relatifs, d'un côté, au développement de la famille (alinéa 10) et de l'autre, à l'égalité sociale de tous, avec une protection spécifique des mères, des enfants et des vieux travailleurs (alinéa 11). Il relève par conséquent davantage d'une logique égalitaire, accordant aux mères une protection spécifique au nom de l'égalité sociale plus qu'une protection liée au développement de la famille. La référence à la mission sociale des femmes n'apparaît pas dans le second projet, au regret d'ailleurs de certaines députées, qui y voient une moindre protection des mères ou plutôt de la fonction maternelle⁸⁷⁷.

277. Par ailleurs, les constituants ne tendent pas uniquement à protéger les femmes en tant que mères, mais aussi à défendre les droits des femmes qui ne sont pas mères. Certains députés tendent, en effet, à lutter contre l'assignation aux rôles de genre, qui entraînent des inégalités de droit touchant celles qui ne correspondent pas au rôle de mère. En ce sens, Germaine Degrand souhaite, en matière fiscale, remettre en cause la surtaxe frappant les célibataires ou veuves qui n'ont pas d'enfant : « Il n'est pas équitable de faire payer un impôt à des femmes qui ne portent pas la responsabilité de leur stérilité »⁸⁷⁸. En somme, les femmes ne doivent pas, selon la députée, subir une inégalité fiscale lorsque leur situation familiale ne correspond pas au rôle de mère attendu d'elles. Par conséquent, les parlementaires n'entendent pas uniquement protéger les femmes en tant que mères, mais également remettre en cause les inégalités qui touchent toutes les femmes dans leur individualité.

278. La valorisation et la protection des mères sont donc bien présentes dans le Préambule, en tant que manifestation de l'égalité des droits sociaux, mais elles ne remettent pas en cause l'égal accès aux droits des femmes comme individus. En revanche, la protection des femmes en tant que travailleuses, s'il est reconnu dans le premier projet de Préambule, tend à s'amoindrir dans le second projet.

279. **L'évolution de la protection spécifique des travailleuses entre le premier et le second projet de Constitution.** Le premier projet de Préambule garantit aux femmes, à l'article 24, l'exercice de leurs fonctions de travailleuses, à condition qu'elles leur permettent de mener à bien leur rôle de mère. Mais si le premier projet rappelle aux femmes leur « mission

⁸⁷⁷ Voir l'intervention de la députée Roca, lors de la séance du 27 août 1946, *JORF*, p. 3332, qui estime que les nouvelles formules du second projet de Préambule sont moins généreuses que celles contenues dans la première déclaration. Selon son raisonnement, les femmes ont un devoir de citoyenne, de mère et d'épouse, donc leurs droits doivent être sauvegardés. Par conséquent, ce n'est seulement en référence à l'individualité des femmes que l'égalité des droits leur est reconnue, mais également et surtout en fonction de leur mission sociale de mère et d'épouse.

⁸⁷⁸ Séance du 8 mars 1946, *JORF*, p. 651.

sociale» de mère, il prévoit en contrepartie, aux termes de l'article 28 de la déclaration, des droits pour les femmes qui travaillent, en particulier par l'égalité salariale entre les sexes : « Hommes et femmes ont droit à une juste rémunération selon la qualité et la quantité de leur travail, en tout cas, aux ressources nécessaires pour vivre dignement, eux et leur famille ». Si l'égalité salariale entre les sexes ne se déduit pas explicitement du texte – la « juste » rémunération ne désignant pas forcément un traitement égal –, elle est affirmée par les parlementaires de l'Assemblée constituante, notamment par Jeannette Vermeersch, comme un progrès en matière de droits économiques et sociaux et une conséquence de l'accès des femmes à la citoyenneté et à l'individualité⁸⁷⁹. Pourtant, le ministre du Travail affirme également que « l'injustice » subie par les femmes résultant de l'inégalité salariale ne sera réparée que « lorsque les circonstances le permettront »⁸⁸⁰, c'est-à-dire, lorsque la situation financière de l'après-guerre sera dépassée. L'égalité salariale est par conséquent conditionnée à l'amélioration de la situation économique, ce qui conduit à abandonner dans le second projet de Préambule sa garantie au niveau constitutionnel. Si le Préambule issu du second projet de constitution accorde des droits à tous les travailleurs, reconnaissant « la conquête des droits par les ouvriers »⁸⁸¹, il ne fait donc aucune place, contrairement au premier projet, aux droits spécifiques des ouvrières ou plus largement des travailleuses. Il occulte ainsi la spécificité résultant des inégalités subies par ces dernières, notamment en matière salariale. C'est donc davantage en tant que mères, qu'en tant que travailleuses, que les femmes acquièrent une protection spécifique au regard des droits sociaux.

280. **Conclusion du chapitre II.** L'analyse de l'extension des droits politiques aux femmes et de l'inscription de l'égalité entre les femmes et les hommes dans la Constitution de 1946 mène à deux constats. En premier lieu, ce mouvement se caractérise par l'ambivalence des justifications appuyant la reconnaissance de l'égalité des droits, qui bénéficient aux femmes à la fois en tant qu'individus et en tant que mères. Cette ambivalence des fondements de l'égalité des sexes conduit tant à l'indifférenciation du traitement juridique des hommes et des femmes en matière de droits, qu'à la reconnaissance de la différence des sexes et de la spécificité féminine au sein des énoncés juridiques. En effet, d'une part, le texte de l'alinéa 3, loin d'être neutre au regard du sexe, prévoit un alignement du statut juridique des femmes sur celui des hommes, la présence de la différence des sexes dans l'énoncé permettant d'admettre et de remédier aux inégalités passées. D'autre part, les constituants de 1946 consacrent la différence dans les rôles de genre, en

⁸⁷⁹ Voir la séance du 19 février 1946, *JORF*, p. 379 et en ce sens, l'intervention du ministre du Travail : « Les droits politiques ayant été accordés aux femmes françaises, il n'y a aucune raison sérieuse de ne pas leur donner, sur le plan économique et sur le plan social, les mêmes droits qu'aux hommes ».

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 379.

⁸⁸¹ Séance du 27 août 1946, *JORF*, p. 3331.

prévoyant des dispositions spécifiques pour les mères. Cependant, les constituants de 1946, s'ils perpétuent l'idée que les femmes ne sont pas dans des situations semblables à celles des hommes du fait de leur rôle social, opèrent tout de même une rupture avec les régimes précédents, en reconnaissant que ce rôle social spécifique appelle une protection spécifique en matière d'égalité des droits sociaux. La reconnaissance de la spécificité des femmes en tant que mères ne conduit pas, en somme, à l'instauration d'inégalités juridiques en défaveur des femmes, mais à une protection prenant en compte leur vulnérabilité.

281. En second lieu, l'inscription de l'égalité des droits entre les sexes dans le Préambule de la Constitution de 1946 est caractérisée par la volonté de garantir, par l'habilitation du législateur, les mêmes droits aux femmes et aux hommes « dans tous les domaines », c'est-à-dire, en matière de droits civils et sociaux, et non pas seulement de droits politiques. Les constituants reconnaissent en effet, à l'instar de Simone de Beauvoir en 1949⁸⁸², que les droits politiques, formels, ne suffisent pas à garantir une égalité concrète, et que l'émancipation des femmes implique une évolution du rôle social des femmes en tant que mères, épouses et travailleuses, à travers l'évolution de leurs droits civils et sociaux⁸⁸³. En ce sens, la disposition constitutionnelle de 1946 n'est qu'une étape dans le processus d'égalisation des droits, celui-ci étant du ressort du législateur qui a effectivement procédé, avant même l'inscription du principe dans la Constitution de 1946, à l'égalisation des droits entre les femmes et les hommes en matière civile et sociale.

⁸⁸² DE BEAUVOIR Simone, *Le deuxième sexe, tome II, L'expérience vécue*, Paris, Gallimard, 1949, p. 597 : « Le code français ne range plus l'obéissance au nombre des devoirs de l'épouse et chaque citoyenne est devenue une électrice ; ces libertés civiques demeurent abstraites quand elles ne s'accompagnent pas d'une autonomie économique ».

⁸⁸³ Voir l'intervention de la députée Gilberte Roca, lors de la séance du 27 août 1946 relative à l'adoption du second projet de Préambule, p. 3332 : « Le droit de vote n'est que le commencement de l'égalité. Ce n'est pas tout que d'accorder à la femme le droit de vote, d'en faire une citoyenne si, dans tous les actes de sa vie, elle reste une citoyenne diminuée, si, pour prendre quelques exemples, elle ne peut, étant mariée, se faire ouvrir un compte en banque, vendre ses biens propres sans le consentement de son mari, si elle n'a pas accès à toutes les carrières ou si elle ne peut exercer librement un commerce ou une profession quelconque lorsque son mari s'y oppose, enfin, si elle n'a pas les mêmes droits que le père sur ses enfants ».

282. **Conclusion du titre I.** Ces deux premiers chapitres ont permis de mettre en évidence que la différence des sexes et le principe d'égalité n'ont pas été conçus, au XIX^e et au début du XX^e siècle, dans un rapport d'opposition. Le processus de différenciation – et ici de différenciation entre les sexes – fait au contraire, de manière légitime, partie intégrante de la mécanique de l'égalité, à deux égards. D'une part, la proclamation du principe d'égalité en 1789 s'est accompagnée d'un processus d'uniformisation de la communauté des individus-citoyens, mais a abouti, par là même, à en exclure les catégories de personnes non pourvues de la qualité d'indépendance, telles que les femmes. La différenciation entre les sexes s'est donc manifestée dans un premier temps par une exclusion, certes implicite dans les énoncés normatifs mais rendue visible par les différents discours juridiques, sous l'égide même de l'égalité. Le projet politique rattaché à l'égalité a toutefois évolué au XX^e siècle, jusqu'à remettre en cause les inégalités juridiques entre les sexes. La différenciation a pourtant encore été nécessaire, mais cette fois-ci afin d'étendre explicitement aux femmes la jouissance des droits, en raison du caractère implicite de l'exclusion. La différenciation s'entend dès lors, dans ce contexte, non plus comme une inégalité de traitement entre les sexes, mais comme une différenciation entre les sexes dans l'énoncé juridique. Il s'agit ainsi d'un processus de délégitimation des inégalités entre les sexes ayant défavorisé les femmes, et non d'un processus de délégitimation de la différenciation entre les sexes.

283. Le législateur s'est néanmoins départi, à partir des années 1970, d'une conception différencialiste de l'égalité des sexes. En effet, si le mouvement législatif d'égalisation des droits se caractérise, dans un premier temps, par l'extension explicite des droits des hommes aux femmes – à l'instar de la construction constitutionnelle –, il assimile par la suite, sous l'impulsion du droit européen, l'égalité des sexes à une exigence de non-discrimination comprise comme une indifférenciation, une abstraction des énoncés juridiques, au regard du sexe. La différence des sexes a alors été peu à peu opposée au principe d'égalité.

Titre II. Le principe d'égalité imposant l'indifférenciation entre les sexes

285. L'égalité des sexes est majoritairement interprétée, après la Libération, comme une interdiction expresse de la différence de traitement entre les sexes dans la garantie des droits. Bien que ni le constituant de 1946 ni celui de 1958 n'aient imposé au législateur une telle exigence, les différences de traitement entre les sexes deviennent ainsi *a priori* contraires à l'égalité, car assimilées à des discriminations, c'est-à-dire à des inégalités de traitement illégitimes. Après 1946, et surtout à partir des années 1970, c'est sous l'influence du droit international et européen⁸⁸⁴ que le processus juridique d'égalisation a pris la forme d'une indifférenciation du droit au regard du sexe, à rebours des normes et des traitements juridiques inégalitaires qui étaient auparavant explicitement sexués. En ce sens, tant les dispositifs de protection spécifiques des femmes que la mention de la différence des sexes dans les textes juridiques ont été appréhendés, à partir de la deuxième partie du XX^e siècle, comme par principe contraires à l'égalité des sexes car constitutives de discriminations.

286. Cette entreprise a correspondu à la construction d'un principe juridique de non-discrimination en raison du sexe, imposé tant à l'État qu'aux employeurs et fournisseurs de biens et de services, exigeant la neutralité des normes et des décisions à l'égard du sexe. Depuis 1946, l'égalité entre les hommes et les femmes a donc été construite majoritairement comme une exigence de non-discrimination impliquant l'indifférenciation des normes et des traitements juridiques au regard du sexe. Le rapport du principe d'égalité à la différence des sexes est devenu, en ce sens, un *rapport d'opposition*.

287. La prégnance d'une telle interprétation de l'égalité a conduit à considérer *par principe* comme illégitimes les différences de traitements juridiques entre les sexes – les différences de traitement n'étant légitimées que *par exception*. En effet, la conception de l'égalité comme indifférenciation est appelée aussi égalité « formelle » : on retiendra ici une définition de l'égalité formelle comme l'exigence d'une identité de traitement entre les individus reconnus comme étant dans des situations semblables⁸⁸⁵. Elle suppose qu'hommes et femmes soient considérés comme

⁸⁸⁴ Sur l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit français de l'égalité et de la non-discrimination, voir notamment AUBIN Claire, JOLY Benjamin, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Droit social*, 2007, p. 1295.

⁸⁸⁵ Il convient toutefois de souligner que l'expression « égalité formelle » désigne, pour d'autres auteurs, l'égalité devant la loi qui s'impose aux organes d'application de la loi et qui se confond alors avec le principe de légalité (voir par exemple LEBEN Charles, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 303 ou encore BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le

étant dans des situations similaires – impliquant un traitement juridique identique – ce qui a pour effet de masquer qu’hommes et femmes sont parfois dans des situations différentes au regard des inégalités⁸⁸⁶. Pourtant une autre conception de l’égalité, dite « substantielle »⁸⁸⁷, « concrète »⁸⁸⁸ ou « des chances », a émergé, notamment en droit de l’Union européenne dès la directive 76/207/CE⁸⁸⁹, en droit européen des droits de l’homme⁸⁹⁰, en droit français à partir des années 1980, par exemple, dans le cadre de la concrétisation de l’égalité professionnelle⁸⁹¹, ainsi qu’en droit international avec la quatrième conférence mondiale sur les femmes réunie à Beijing en 1995⁸⁹². Cette conception de l’égalité implique, au contraire de l’égalité formelle, un traitement différencié des femmes et des hommes en vue de compenser (égalité substantielle) ou de corriger (égalité réelle) ces inégalités de fait⁸⁹³, telles que le difficile accès des femmes à certaines fonctions politiques ou encore la faible présence des femmes dans les instances décisionnelles des entreprises ou dans certains emplois à responsabilité. Or, cette interprétation de l’égalité nécessitant que soient opérées des différences de traitement fondées sur le sexe s’est heurtée à la conception de l’égalité abstraite ou formelle, qui a été érigée de façon systématique par nombres d’acteurs juridiques comme interprétation prééminente de l’égalité des sexes. La construction de cette opposition hiérarchique entre les deux conceptions de l’égalité, au profit de l’égalité comme indifférenciation, a dès lors conduit à empêcher ou tout du moins à limiter les actions positives visant à lutter contre les inégalités de fait entre hommes et femmes.

principe d’égalité », *op. cit.*, p. 153). L’égalité formelle, qui n’impose dès lors aucun contenu de la norme au législateur, s’oppose ainsi, selon cette conception, à l’égalité matérielle, qui imposerait une identité de traitement des individus dans la loi (sur les écueils de la distinction entre égalité dans la création et dans l’application de la loi, voir JOUANJAN Olivier, *Le principe d’égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992. L’auteur prône le maintien d’une unité interne du principe d’égalité devant la loi). Dans le cadre de la présente thèse, le terme « formel » désignera davantage l’idée d’une identité de traitement au sein de l’énoncé juridique, soit dans la norme au sens formel, qui reste sans égard pour les inégalités de fait pouvant exister au-delà de l’énoncé juridique.

⁸⁸⁶ LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l’universalité*, Paris, PUF, 2010, p. 83 : « Si la loi ne prend pas en compte les différences de situation, elle risque de conforter les inégalités sociales au lieu de les supprimer. Dès lors qu’on ne se satisfait plus de l’égalité abstraite, la réalisation de l’égalité suppose de rompre avec l’uniformité de la règle de droit ».

⁸⁸⁷ CJCE, 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, point 16 : « Le principe de l’égalité substantielle implique de prendre en considération les disparités de fait qui sont liées à l’appartenance à une catégorie de personnes ou à un groupe social déterminé ; il permet et impose d’éliminer, ou au moins de neutraliser, par des mesures spécifiques, les effets inégaux et préjudiciables qui résultent de ces disparités pour les personnes appartenant au groupe en question ».

⁸⁸⁸ Article 141-4 du Traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957 (version consolidée).

⁸⁸⁹ Article 2-4 de la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976.

⁸⁹⁰ Voir la recommandation 1229 (1994) de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe sur l’égalité des droits entre les femmes et les hommes, notamment le point 8.3 : elle recommande « de poursuivre et d’intensifier ses travaux relatifs à l’égalité des droits entre les femmes et les hommes, afin que soit réalisée une pleine égalité dans le droit et dans les faits, en mettant l’accent, en particulier, sur l’égalité en matière de participation à la vie politique et au processus de prise de décision ».

⁸⁹¹ Ancien article L. 123-3 du Code du travail, introduit par la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983.

⁸⁹² Déclaration et programme d’action de Beijing, du 15 septembre 1995 : « Le Programme d’action trace les lignes à suivre pour donner plus de pouvoir aux femmes. Il vise [...] à éliminer tous les obstacles qui empêchent les femmes de jouer un rôle actif dans tous les domaines de la vie publique et privée en participant pleinement, et sur un pied d’égalité, à la prise de décisions dans les domaines économique, social, culturel et politique ».

⁸⁹³ RAMBAUD Patrick, « L’égalité des sexes en droit social communautaire », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 111 : « L’égalité réelle ou substantielle, en tant que principe d’action, pousse au contraire le législateur, sous la pression de l’évolution sociale, à prendre des mesures en faveur du sexe jugé défavorisé ».

288. Il s'agit donc à ce stade du raisonnement d'étudier la manière dont les discours juridiques ont progressivement construit l'égalité entre les femmes et les hommes comme un processus d'indifférenciation des normes juridiques et des traitements à l'égard du sexe. Cette analyse permettra de comprendre en quoi l'égalité entre les sexes est encore majoritairement interprétée en droit français comme une exigence d'indifférenciation, rendant difficile la prise en compte des différences entre hommes et femmes par le droit dans le cadre de la lutte contre les inégalités de fait. Il convient ainsi d'analyser, dans un premier temps, la construction progressive de l'égalité des sexes comme exigence d'indifférenciation des énoncés juridiques et des pratiques de certains acteurs, publics et privés, au regard du sexe. La systématisation de cette exigence a donné lieu à l'émergence d'un principe de non-discrimination en raison du sexe, affirmé tant au niveau européen qu'au niveau interne (chapitre I). Or, il s'agit de montrer, dans un second temps, que la construction du caractère «*principliel*» de l'égalité des sexes, comme indifférenciation et non-discrimination, a abouti à limiter les différences de traitement fondées sur le sexe prises dans le cadre de l'égalité de fait. Paradoxalement, l'opposition hiérarchique entre égalité formelle et égalité réelle est encore aujourd'hui présente dans le discours du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et d'une partie de la doctrine, alors même que les instruments juridiques tendant à l'égalité réelle sont de plus en plus nombreux dans les textes législatifs (chapitre II).

Chapitre I. L'interprétation progressive de l'égalité des sexes comme exigence de non-discrimination

289. L'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 enjoint au législateur de procéder à un alignement des droits dans tous les domaines, ce qui a effectivement conduit à un mouvement législatif d'égalisation en matière de droits civils, économiques et sociaux. Il convient cependant de ne pas s'en tenir à une approche descriptive, mais plutôt d'analyser le rapport qu'entretient l'égalité avec la différence des sexes au sein de ce mouvement. Comment le principe d'égalité entre hommes et femmes a-t-il été construit par le législateur – mais aussi par le juge – comme une exigence d'identité de traitement entre les sexes, impliquant une indifférenciation des normes et de certaines pratiques à l'égard du sexe ?

290. Ce mouvement s'inscrit dans un processus de délégitimation des inégalités entre les sexes, qui se manifeste par le rejet des différences de traitement entre hommes et femmes ayant conduit à de telles inégalités⁸⁹⁴. L'égalité est dès lors interprétée comme une identité de traitement en matière de jouissance des droits, les femmes étant alors reconnues comme étant dans des situations similaires, voire identiques, aux hommes⁸⁹⁵. Ainsi, non seulement la différence de traitement juridique entre les sexes est assimilée, en principe, à une inégalité mais, plus encore, la référence même à la différence des sexes dans les énoncés juridiques tend progressivement à s'affaiblir au nom de l'égalité. Le mouvement dépasse alors la logique d'extension des droits aux femmes qui s'amorçait avant 1946, laquelle n'impliquait pas nécessairement la disparition de toute référence à la dimension sexuée de l'individu, pour tendre vers une neutralisation des énoncés juridiques au regard du sexe. Le but de la démonstration n'est cependant pas d'affirmer que le droit français n'autorise aucune différenciation selon le sexe, mais bien de comprendre que l'égalité entre hommes et femmes a été interprétée *par principe* comme une exigence d'indifférenciation, que l'égalité est ainsi confondue avec l'identité de traitement.

291. En ce sens, le principe d'égalité des sexes tend à être interprété comme une exigence de non-discrimination. La discrimination peut être définie comme une différence de traitement jugée

⁸⁹⁴ ROSENFELD Michel, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, 2010, n° 2, p. 177 : « L'égalité a été largement reliée à l'identité et l'inégalité à la différence ».

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 177 : « Pour dépasser les inconvénients qu'elles subissent, dans ce premier stade, il ne suffit pas pour les femmes d'insister sur le principe de référence égalitaire. Elles doivent bien plutôt contrer l'insistance excessive sur la différence avec un effort concerté pour attirer l'attention sur l'identité. Se concentrer sur l'identité est censé éloigner des affirmations différentialistes qui ont fini par connoter l'infériorité et donc par conférer une apparente justification à la subordination persistante. Pour résumer, au deuxième stade, les femmes peuvent demander un traitement égal en affirmant que, dans tous les domaines pertinents, elles sont essentiellement similaires aux hommes ».

illégitime⁸⁹⁶ par le constituant, le législateur ou le juge – toutes les différences de traitement n'étant pas en droit constitutives de discriminations⁸⁹⁷. Les différences de traitement fondées sur le sexe ont ainsi été considérées peu à peu par le législateur et le juge français, à la suite d'une telle reconnaissance en droit international et européen, comme des distinctions illégitimes, en particulier en matière de droits civils, économiques et sociaux.

292. La non-discrimination en raison du sexe peut alors être appréhendée comme une application plus stricte de l'égalité, les critères interdits – tel celui du sexe – étant définis au préalable par le droit⁸⁹⁸. Car tout en étant un moyen de réaliser l'égalité, la non-discrimination diffère du principe général d'égalité, qui demeure un « concept vide »⁸⁹⁹, notamment parce que ce dernier ne permet pas en lui-même de définir quelles distinctions sont légitimes ou illégitimes⁹⁰⁰. Elle se distingue ainsi du principe d'égalité entre hommes et femmes, par deux aspects. D'une part, la non-discrimination est une « conception active »⁹⁰¹ de l'égalité des sexes, « une technique destinée à perfectionner et à rendre plus efficace le principe d'égalité »⁹⁰². Elle impose en effet, afin de réaliser concrètement l'égalité, une interdiction de distinguer selon le sexe, tant dans les normes juridiques, que dans la pratique de certains acteurs sociaux, tels que les employeurs. D'autre part, l'affirmation de l'égalité des droits entre les sexes ne préjuge pas des moyens employés afin de réaliser cette égalité, qui peuvent prendre la forme tant de l'indifférenciation que de la différenciation, tandis que la non-discrimination est justement l'expression de la première technique de réalisation de l'égalité, par une exigence d'indifférenciation des traitements selon le sexe. La non-discrimination constitue par conséquent une interprétation spécifique et active de l'égalité des sexes par l'identité de traitement et son corollaire : l'interdiction de traiter différemment des individus sur le seul critère du sexe.

⁸⁹⁶ LOCHAK Danièle, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* n° 11, novembre 1987, p. 778 : « La discrimination, c'est la distinction ou la différence de traitement illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, interdite puisqu'illégitime ».

⁸⁹⁷ LYON-CAEN Antoine, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1990, p. 73 : « Une distinction ne constitue pas nécessairement une discrimination ».

⁸⁹⁸ BIOY Xavier, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in SUDRE Frédéric, SURREL Hélène, *Le droit à la non-discrimination au sens de la CEDH*, IDEDH, Bruylant, Droit et justice, n° 81, 2008, p. 65 : « La non-discrimination devient un premier rempart de l'égalité, distinct de l'égalité, qui limite le champ des distinctions possibles. Pour l'égalité on peut distinguer, pour la non-discrimination on ne peut pas différencier sur des critères légitimes ».

⁸⁹⁹ WESTERN Peter, « The empty idea of equality », *Harvard Law Review*, Vol. 95, janvier 1982, n° 3, p. 537-596.

⁹⁰⁰ LEBEN Charles, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *Revue du droit public et de la science politique*, mars-avril 1982, p. 301 : « Le principe lui-même ne dit rien sur les critères de similitude qui permettent d'identifier les êtres appartenant à une même "catégorie essentielle". Il suppose donc l'existence d'un système juridique comportant des normes générales qui énoncent les distinctions autorisées et celles qui sont interdites et permettent donc de reconnaître "les cas semblables" ou encore "les êtres d'une même catégorie essentielle" ».

⁹⁰¹ CHEVALLIER Jacques, « Lutter contre les discriminations et États-providence », in BORRILLO Daniel, *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 40.

⁹⁰² PELLOUX Robert, « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *Revue du droit public et de la science politique*, juillet-août 1982, p. 913. Voir aussi HAMON Francis, *Les discriminations saisies par le droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, p. 27.

293. Cette égalisation par l'identité de traitement des femmes et des hommes en matière de droits civils, économiques et sociaux a, pendant la seconde moitié du XX^e siècle, évolué selon deux modalités, qui correspondent aux différentes manières dont le législateur s'est saisi de la question. En premier lieu, elle s'est manifestée par une indifférenciation *dans la loi* : le législateur a procédé à l'indifférenciation de ses propres énoncés normatifs au regard du sexe. Il s'est d'abord employé à étendre les énoncés juridiques, c'est-à-dire à étendre de manière symétrique les droits des hommes aux femmes, tout en continuant à différencier selon les sexes dans les énoncés juridiques. Puis, il a rendu neutres quant au sexe – *genderblind* – les énoncés législatifs, en particulier en droit de la famille en matière de droits civils, aboutissant à une indifférenciation complète de ces énoncés au regard du sexe. En second lieu, par un mouvement d'indifférenciation *par la loi*, le législateur a imposé à d'autres acteurs, tels que l'administration, les employeurs privés ou encore les fournisseurs de biens et de services, une interdiction de la discrimination fondée sur le sexe. Le législateur a dès lors construit, sous l'impulsion du droit international et européen, une interprétation active de l'égalisation tendant à agir sur les faits et les pratiques et non plus seulement sur les énoncés législatifs.

294. Ce chapitre n'a pas pour objet de décrire de façon exhaustive le mouvement d'égalisation des droits mais bien de montrer, à travers les exemples les plus illustratifs, la manière dont ces deux logiques d'indifférenciation opèrent concrètement, en distinguant entre l'égalité des sexes par l'indifférenciation dans la loi (section I) et par la loi (section II).

Section I. L'indifférenciation formelle des énoncés législatifs au regard du sexe

295. L'analyse de ce mouvement législatif a pour but de démontrer que l'égalité des sexes a été construite, dans divers pans du droit, dans un sens avant tout formel, comme une exigence d'indifférenciation au sein des textes juridiques. Il ne s'agit pas pour l'instant d'étudier les persistances de la différenciation entre les sexes dans le droit, ni même les insuffisances de l'égalité formelle pour lutter contre les inégalités de fait. Considérant désormais la différence de traitement entre les sexes comme étant *a priori* illégitime et contraire à l'égalité, souvent sous la pression du droit européen, le législateur a, d'une part, réformé le droit de la famille par la neutralisation des énoncés juridiques au regard du sexe (I) et, d'autre part, bilatéralisé – étendu par l'indifférenciation – les énoncés relatifs aux droits sociaux, au risque de supprimer certains avantages accordés aux seules femmes (II).

I. L'égalisation des droits civils par la neutralisation du droit de la famille au regard du sexe

296. La différenciation entre les sexes s'est, dans le passé, manifestée par une hiérarchisation entre les femmes et les hommes. Partant, la remise en cause par le législateur d'une telle hiérarchisation a nécessité l'indifférenciation des énoncés du Code civil au regard du sexe. Le processus d'égalisation mené par le législateur ne repose donc pas uniquement sur une logique d'extension des droits civils aux femmes, mais se manifeste surtout par l'effacement de toute référence à la différence des sexes dans les énoncés juridiques, phénomène accentué par l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe. L'effacement formel de la différenciation entre les sexes a ainsi permis la remise en cause des inégalités de genre au sein des énoncés juridiques. Ainsi les distinctions entre maris et femmes, sources d'inégalités en défaveur des femmes, laissent place à une indifférenciation entre les époux (A), de même que les distinctions entre les pères et les mères sont remplacées par un traitement identique des parents (B).

A. L'identité des droits des époux

297. Sans d'abord remettre en cause la distinction des rôles de genre entre mari et femme, l'égalisation des droits des époux s'est manifestée de façon limitée dans la première moitié du XX^e siècle, par une extension des droits civils aux femmes (1). Puis, à la suite de son habilitation

par le constituant de 1946, le législateur a promu « beaucoup plus énergiquement »⁹⁰³ l'égalité des droits civils par l'indifférenciation des rôles de genre, à travers la neutralisation des énoncés du Code civil relatifs au sexe des époux (2).

1) L'extension explicite des droits du mari à la femme

298. Si le législateur de la III^e République prévoit l'égalité entre maris et femmes pour certains droits civils, il maintient tout de même la différenciation entre les sexes au sein de l'énoncé juridique. En effet, l'importance dans le discours du législateur de la III^e République des rôles de sociaux différenciés au sein de la sphère familiale le conduit à concevoir l'ouverture des droits civils aux femmes mariées, uniquement dans un cadre normatif qui conserve la référence au genre.

299. C'est par exemple le cas de la loi du 13 juillet 1907 qui proclame à l'article 1^{er} le droit pour les femmes mariées de disposer librement de leur salaire, les biens acquis par la femme avec son salaire constituant des biens « réservés » pouvant être saisis en contrepartie par ses créanciers, aux termes de l'article 3. Toutefois, l'article 2 émet une réserve à cette égalité dans la libre disposition du salaire, en prévoyant qu'en « cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés [...] notamment en cas de dissipation, d'imprudence, ou de mauvaise gestion, le mari pourra en faire prononcer le retrait soit en tout, soit en partie, par tribunal civil »⁹⁰⁴. Si la mention de la différence des sexes par le recours aux termes « femme » et « mari » permet l'extension explicite aux femmes mariées de droits qui étaient auparavant réservés au mari, elle conduit aussi parallèlement à perpétuer une inégalité juridique défavorable aux femmes mariées⁹⁰⁵, qui se voient encore considérées comme moins capables que leurs maris de gérer les biens⁹⁰⁶.

300. Même la loi du 18 février 1938, qui instaure la capacité civile de la femme mariée et supprime « la toute-puissance maritale »⁹⁰⁷, n'échappe pas à cette logique alliant différenciation et

⁹⁰³ MICOU Evelyne, *L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels*, Presses Universitaires de Perpignan, 1997, p. 177.

⁹⁰⁴ Loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage, *JORF* du 15 juillet 1907, p. 4957.

⁹⁰⁵ Peu de lois maintiennent la différence des sexes selon une simple logique d'extension explicite des droits aux femmes mariées, sans pour autant instaurer d'inégalités en défaveur des femmes. La loi du 12 mars 1920 énonce par exemple que : « Les femmes mariées exerçant une profession ou un métier peuvent, sans l'autorisation de leur mari, adhérer aux syndicats professionnels et participer à leur administration et à leur direction » (loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels, *JORF* du 14 mars 1920, p. 4179).

⁹⁰⁶ Dans le même sens, la loi du 9 avril 1881 portant création d'une caisse d'épargne locale, dispose que les femmes mariées « seront admises à se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leurs maris », mais énonce que le retrait de sommes d'argent est possible « sauf opposition de la part de leurs maris » (loi du 9 avril 1881 portant création d'une caisse d'épargne postale, *JORF* du 12 avril 1881, p. 1985).

⁹⁰⁷ Débats parlementaires, séance du 19 mars 1938 au Sénat, p. 346 : « La première conséquence de cette affirmation de principe consiste dans la disparition de l'autorité maritale par quoi se traduisait, jusqu'à ce jour, le principe de la toute-puissance maritale et la subordination de la femme ».

inégalité. Le législateur modifie les articles 214 et 215 du Code civil qui disposent désormais que la femme doit contribuer proportionnellement à ses facultés aux charges, aux frais du ménage et de l'éducation des enfants et que : «La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile»⁹⁰⁸. Des limitations peuvent néanmoins être prévues par la loi ou être issues du régime matrimonial. La loi perpétue, par le recours à la différence de genre entre mari et femme⁹⁰⁹, la prépondérance de l'homme en tant que chef de famille⁹¹⁰. En effet, en dépit d'une possibilité pour l'épouse d'ester en justice en cas de décisions abusives de la part du mari, ce dernier détient le choix de la résidence du ménage, et la femme est obligée d'habiter avec lui, de même qu'il peut s'opposer à l'exercice d'une profession par sa femme.

301. Seule une indifférenciation des dispositions du Code civil au regard du sexe des époux permet par conséquent au législateur, en effaçant le genre, de dépasser ces inégalités juridiques⁹¹¹.

2) La création d'énoncés législatifs neutres quant au sexe des époux

302. En effaçant les références aux notions de « mari » et de « femme » dans les énoncés du Code civil et en les remplaçant par la notion d'« époux », le législateur de la V^e République, sous l'influence du droit international⁹¹², a supprimé par là même la hiérarchisation des rôles de mari et de femme dans la jouissance des droits civils. Il s'agit dès lors de montrer, à travers des exemples pris dans les réformes législatives relatives aux obligations des époux, à leur statut civil (nom, âge, nationalité), aux régimes matrimoniaux et au divorce, que l'égalisation du traitement juridique des époux en matière de droits civils résulte bien de l'indifférenciation des énoncés législatifs au regard de leur sexe.

303. **Le statut civil des époux indifférencié.** Le législateur a progressivement rendu neutres au regard du sexe, dans une perspective égalitariste, les dispositions relatives au statut civil des époux, tant s'agissant des conditions pour se marier que des effets du mariage sur le statut civil.

⁹⁰⁸ Loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, *JORF* du 19 février 1938, p. 2058. Les femmes mariées ont par conséquent droit à une carte d'identité et un passeport, de se présenter à des examens, choisir une profession, ester en justice, contracter, ouvrir un compte en banque, signer ou recevoir un chèque.

⁹⁰⁹ Débats parlementaires, séance du 19 mars 1938 au Sénat, p. 347. Sur la question du maintien du mari comme « chef de famille » : il s'agit « d'une formule d'un caractère essentiellement moral, exprimant, dans des conditions parfaitement plausibles, me semble-t-il, le désir commun des membres de la Commission de voir régner l'ordre dans la famille, sous une direction tutélaire et naturelle, qui est la direction du mari ».

⁹¹⁰ Aux termes de l'article 213 du Code civil modifié, le mari perd la qualité de chef de famille seulement lorsqu'il est incapable d'exprimer sa volonté ou lorsqu'il est condamné à une peine criminelle, durant la durée de la peine.

⁹¹¹ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Les droits des femmes face aux réformes récentes du droit de la famille », *L'Année sociologique*, 1/2003, Vol. 5, p. 177.

⁹¹² Voir par exemple l'intervention de la députée Denise Cacheux lors de la discussion relative au projet de loi sur l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux, séance du 6 mai 1985, p. 570 : « La deuxième origine de cette réforme est que notre pays a souscrit des engagements internationaux et a pris en la matière un certain retard par rapport aux législations de pays voisins ». La députée renvoie à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes adoptée le 18 décembre 1979 et ratifiée par la France en juillet 1983.

En premier lieu, concernant les conditions pour se marier, la loi du 4 avril 2006 modifie l'article 144 du Code civil en prévoyant, par un même traitement juridique, qu'hommes et femmes sont soumis à la même condition d'âge – dix-huit ans révolus –, mais en maintenant toutefois la différenciation entre les sexes dans l'énoncé⁹¹³. Cette distinction est cependant remise en cause par l'article 1^{er} de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, qui dispose que : « Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus »⁹¹⁴. La formulation distinguant les sexes retenue par le législateur de 2006 reposait en effet sur une conception hétérosexuelle du mariage, ce qui contrevenait précisément à l'objectif visé par le législateur de 2013.

304. Le législateur a également procédé, en second lieu, à une indifférenciation quant au sexe des règles relatives aux incidences du mariage sur le statut civil des époux, notamment en ce qui concerne la nationalité des époux⁹¹⁵ ou encore leur nom. Sur cette dernière question, le législateur a agi afin de remettre en cause une coutume relative au nom des époux qui instituait une inégalité selon laquelle les femmes mariées prenaient le nom et parfois le prénom de leur époux une fois mariées, tandis que le mari conservait son propre nom⁹¹⁶. Or, cette coutume a pu être appréhendée par la doctrine comme *contra legem*⁹¹⁷, puisqu'une loi du 6 fructidor an II⁹¹⁸ dispose qu'« aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son

⁹¹³ Article 1^{er} de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* du 5 avril 2006 : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ».

⁹¹⁴ *JORF* du 18 mai 2013, p. 8253.

⁹¹⁵ Avant 1973, la législation était inégalitaire car elle prévoyait que le mariage avait un impact sur la nationalité de la femme française ou étrangère, tandis qu'il n'en avait aucun sur la nationalité du mari. Ainsi, bien que la loi du 10 août 1927 ait mis fin à l'obligation pour la femme mariée française d'acquérir la nationalité de son mari étranger elle maintenait tout de même des dispositions spécifiques et inégalitaires concernant les femmes mariées étrangères (article 8 de la loi du 10 août 1927 sur la nationalité, *JORF* du 14 août 1927, p. 8699 : « La femme étrangère qui épouse un Français n'acquiert la qualité de Française que sur sa demande expresse ou si, en conformité des dispositions de sa loi nationale, elle suit nécessairement la condition de son mari ») et françaises (article 8 de la loi du 10 août 1927 : la femme française « perd la qualité de Française si les époux fixent leur premier domicile hors de France après la célébration du mariage, et si la femme acquiert nécessairement la nationalité du mari, en vertu de la loi nationale de ce dernier »). En outre, l'ordonnance du 19 octobre 1945 prévoyait un impact différencié du mariage selon le sexe sur la nationalité des étrangers, en énonçant que : « La femme étrangère qui épouse un Français acquiert la nationalité française au moment de la célébration du mariage » (ordonnance du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française, *JORF* du 20 octobre 1945, p. 6708). La loi du 9 janvier 1973 met fin à cette inégalité en assurant la neutralité des énoncés juridiques relatifs à l'acquisition de la nationalité au regard du sexe : « Le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité » (article 37 de la loi du 9 janvier 1973 complétant et modifiant le code de la nationalité française et relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, *JORF* du 10 janvier 1973, p. 467). Voir aussi Cons. constit., 9 janvier 2014, n° 2013-360 QPC, *Mme Jalila K.*, qui ne concerne certes pas une inégalité entre les époux, mais une inégalité entre les sexes : le Conseil constitutionnel a jugé que la disposition qui prévoyait que les Français de sexe masculin ne perdaient pas nécessairement la nationalité française lorsqu'ils acquéraient la nationalité étrangère (en vue d'éviter qu'ils échappent au service militaire), contrairement aux femmes dans le même cas, constituait « une différence de traitement sans rapport avec l'objectif poursuivi et qui ne [pouvait] être regardée comme justifiée ».

⁹¹⁶ Cette coutume semblait ancrée dans la pratique des époux ainsi que la pratique administrative, les formulaires administratifs contenant souvent une mention « nom marital » ou « nom de jeune fille » pour les femmes mariées (voir RIVIER Marie-Claire, « Question de noms : famille, patronyme, usage, naissance et jeune fille », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1915).

⁹¹⁷ LAROCHE-GISSEROT Florence, « Nom de la femme mariée : le désordre s'installe », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 633.

⁹¹⁸ Bien que cette loi soit toujours en vigueur et puisse de ce fait servir de fondement aux demandes de contestation des actes mentionnant le nom de l'époux à la place de celui de l'épouse, la jurisprudence estime que « cette règle n'est pas prescrite à peine de nullité des actes » (CE, 7 février 2007, n° 282443 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2007, n° 05-18898).

acte de naissance » et qu'il « est expressément défendu à tous fonctionnaires publics de désigner les citoyens dans les actes autrement que par le nom de famille »⁹¹⁹. Une faculté pour les femmes mariées de prendre le nom de leur époux est pourtant inscrite indirectement dans la législation postérieure, sous une forme inégalitaire puisqu'elle ne concerne que les épouses⁹²⁰. La coutume de l'usage – même facultatif – du nom de l'époux par l'épouse reprise implicitement par la législation mentionnée, pose en pratique deux difficultés du point de vue de l'égalité des époux. Tout d'abord, elle conduit à faire prévaloir l'usage du nom du mari sur le nom légal, masquant le nom de naissance de l'épouse dans ses relations avec les tiers⁹²¹. En effet, certaines décisions juridictionnelles montrent la difficulté éprouvée par les femmes mariées d'être désignées par leur nom légal⁹²², notamment par l'administration⁹²³. Ensuite, elle rend difficile l'usage du nom de l'épouse par le mari, notamment car seul le cas du nom de l'épouse accolé à celui de l'époux est envisagé par la loi de 1975⁹²⁴. De même, seuls les cas du double-nom et de la substitution du nom de l'épouse par celui du mari sont envisagés par un arrêté de 2006 portant sur le livret de famille, et non l'inverse⁹²⁵. Le nom de naissance de l'époux est donc forcément conservé par ce dernier pendant le mariage.

305. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur ces deux types de difficultés, en condamnant des législations qui empêchaient de façon explicite – ce qui n'est pas le cas de la France – l'usage de son nom de naissance par une femme mariée ou l'usage du nom de naissance de sa femme par un époux. La Cour a ainsi condamné la Turquie, sur le fondement des

⁹¹⁹ Voir l'amendement n° 242 déposé par Mme Lemaire à l'Assemblée nationale, après l'article 17 quater du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, 16 février 2014.

⁹²⁰ Par exemple, la loi du 6 février 1893 reconnaît qu'en cas de séparation de corps, « un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter » (article 3 de la loi du 6 février 1893 portant modification au régime de la séparation de corps, *JORF* du 8 février 1893, p. 689). Cette disposition indique, par un raisonnement *a contrario*, que l'usage du nom du mari par la femme est une permission voire une obligation, tandis que l'usage par le mari des deux noms des époux accolés est une simple faculté, les deux étant limités au temps du mariage, car disparaissant au moment du divorce.

⁹²¹ LAROCHE-GISSEROT Florence, « Nom de la femme mariée : le désordre s'installe », *op. cit.*, p. 633 : « Certes le nom d'usage ne remplace pas le nom légal mais peut le masquer dans une certaine mesure ».

⁹²² Par exemple, dans un arrêt du 24 janvier 2001, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation a cassé un jugement du tribunal d'instance de Rouen qui avait conclu que l'assignation adressée par un huissier à une épouse sous le nom de son mari était irrégulière. La Cour, sans s'interroger sur l'usage par l'épouse de son nom légal, a estimé que « cette mention ne laissait aucun doute quant à l'identité de la destinataire » (n° 99-14310).

⁹²³ Voir l'amendement n° 242 déposé par Mme Lemaire à l'Assemblée nationale, après l'article 17 quater du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, 16 février 2014 : « En dépit de la clarté de l'état du droit, de nombreuses femmes mariées n'ayant pas souhaité faire l'usage du nom de famille de leur époux rencontrent des difficultés à obtenir des administrations (fiscales ou de sécurité sociale par exemple) qu'elles s'adressent à elles en usant de leur nom de famille, c'est-à-dire à faire respecter le droit. En effet, ces administrations substituent systématiquement le nom du conjoint au nom de naissance des femmes mariées dans les correspondances et les formulaires qu'elles leur adressent. Le nom d'usage est ainsi imposé et ce n'est qu'en cas de demande expresse contraire que la femme mariée peut continuer à se voir adresser des formulaires sous son nom de naissance ».

⁹²⁴ Article 300 du Code civil modifié par la loi du 11 juillet 1975, *JORF* du 12 juillet 1975, p. 7176 : « Dans le cas où le mari aura joint à son nom le nom de la femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter ».

⁹²⁵ Arrêté du 1^{er} juin 2006, *JORF* du 2 juin 2006 : « Chacun des époux peut utiliser, dans la vie courante, s'il le désire, le nom de son conjoint, en l'ajoutant à son propre nom, ou même, pour la femme, en le substituant au sien ».

articles 8 et 14, relatifs au respect de la vie privée et à l'interdiction de la discrimination, en raison du refus opposé par les juridictions turques⁹²⁶ à une femme mariée qui souhaitait utiliser son nom de naissance dans l'exercice de sa profession⁹²⁷. L'égalité des sexes est ici clairement interprétée par la Cour européenne comme indifférenciation des normes relatives au nom des époux au regard du sexe⁹²⁸. La Cour va du reste encore plus loin dans cette exigence d'indifférenciation dans un arrêt de 2013 : la modification de la législation turque permettant aux femmes mariées d'utiliser leur nom de naissance avant le nom de leur époux constitue encore une discrimination, puisqu'elle oblige encore celles-ci à porter le nom de leur époux⁹²⁹. Dans une logique similaire, la Cour avait déjà considéré comme contraire au principe de non-discrimination en raison du sexe et au respect de la vie privée l'opposition faite par les autorités suisses à un homme d'adjoindre son propre nom à celui de sa femme que les époux avaient choisi comme nom commun⁹³⁰. Par conséquent, ce sont à la fois l'obligation faite à l'épouse de porter le nom de son époux et l'interdiction faite au mari de porter le nom de sa femme qui constituent des discriminations en raison du sexe selon la Cour européenne.

306. Or, si le droit français n'impose pas explicitement une telle obligation et interdiction, les pouvoirs publics français ont tout de même agi dans le but de supprimer toute référence à une prédominance du nom de l'époux dans la loi, ainsi que dans la pratique de l'administration. Ainsi, d'une part, le législateur a procédé à une indifférenciation totale des règles concernant le nom des époux au regard du sexe, notamment par la loi du 4 mars 2002 en remplaçant la notion de « patronyme » par l'expression « nom de famille »⁹³¹. En effet, l'utilisation de l'expression « nom patronymique » ou « patronyme » renvoie au nom du père et occulte la possibilité d'usage d'un nom « matronymique » par les époux ou d'un double-nom⁹³². D'autre part, les pouvoirs publics ont pris des dispositions afin d'agir sur les pratiques de l'administration et des époux, dans le but de rappeler la faculté de ces derniers de choisir entre le nom de naissance de la femme ou celui du

⁹²⁶ Les juridictions turques se fondaient sur l'article 153 du Code civil turc, qui oblige les femmes mariées à porter le nom de leurs maris pendant toute la durée du mariage, « dans le but de maintenir de la famille et d'assurer ainsi l'ordre public ». Voir MARGUENAUD Jean-Pierre, « La Cour de Strasbourg, cour européenne des droits de la femme : la question du nom », *RTD Civl*, 2005, p. 343.

⁹²⁷ CEDH, arrêt du 16 novembre 2004, *Unal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96.

⁹²⁸ *Ibid.*, points 53 et 63. Rappelant que « seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe », la Cour européenne juge que « la progression vers l'égalité des sexes dans les États membres du Conseil de l'Europe, y compris la Turquie, et en particulier l'importance attachée au principe de non-discrimination empêchent aujourd'hui les États d'imposer cette tradition aux femmes mariées ».

⁹²⁹ CEDH, arrêt du 28 mai 2013, *Leventoglu Abdulkadiroglu c. Turquie*, n° 7971/07.

⁹³⁰ CEDH, arrêt du 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, 16213/90.

⁹³¹ Loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *JORF* du 5 mars 2002, p. 4159.

⁹³² La loi du 26 mai 2004 a dans le même sens modifié les articles 264 et 300 du Code civil relatifs à l'usage du nom des époux après le divorce ou la séparation de corps. Si l'ancienne formulation de ces dispositions, par une différenciation entre les sexes, laissait entendre que la femme mariée avait opté pour le nom de son époux, tandis que l'homme marié conservait le sien ou accolait le nom de sa femme au sien, la nouvelle formulation est totalement neutre du point de vue du sexe des époux (articles 16 et 20 de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* du 27 mai 2004, p. 9319).

mari, ou encore les deux noms accolés⁹³³. En ce sens, une circulaire du 21 février 2012 vise à supprimer des formulaires et correspondances des administrations les termes « Mademoiselle », « nom de jeune fille », « nom patronymique », « nom d'épouse » et « nom d'époux ». Non seulement les termes « Mademoiselle » ou « nom de jeune fille » préjugent du statut marital des femmes et non de celui des hommes, instaurant ainsi une inégalité, mais en plus « le terme “nom de jeune fille” apparaît inapproprié notamment au regard de la possibilité reconnue à un homme marié de prendre le nom de son épouse comme nom d'usage »⁹³⁴.

307. En vue d'agir sur les pratiques de l'administration et sur celles des époux, le législateur de 2013 a clairement énoncé que les époux conservaient par principe leur nom de naissance lors du mariage mais que, par exception, chaque époux mari ou femme pouvait substituer le nom du conjoint à son propre nom ou utiliser le double-nom⁹³⁵. La loi de 2014 sur l'égalité réelle entre les femmes et les hommes va plus loin en énonçant que : « Les correspondances des autorités administratives sont adressées aux usagers sous leur nom de famille, sauf demande expresse de la personne concernée de voir figurer son nom d'usage sur les correspondances qui lui sont adressées »⁹³⁶. Cette disposition renforce le caractère exceptionnel de l'usage du nom de l'autre époux dans les échanges avec l'administration, ce qui tend indirectement à consolider le caractère facultatif de l'usage du nom des maris par leurs femmes. En effet, bien que cette mesure soit neutre au regard du sexe, les femmes portent majoritairement le nom de leurs maris et la disposition a dès lors un impact plus important sur cette pratique. L'indifférenciation des dispositions relatives aux noms des époux, ainsi que le rappel par législateur et le pouvoir réglementaire du caractère facultatif de l'usage du nom de l'autre conjoint, tendent par conséquent à une évolution de la pratique administrative inégalitaire dans ce domaine.

308. **Des droits et devoirs identiques signifiant la fin de la subordination juridique de la femme au mari.** Les rapports entre les époux au sein du ménage ont évolué dans le sens d'une

⁹³³ Déjà, des circulaires et arrêtés rappellent que le nom des citoyens français est celui qui est transmis à la naissance et que le mariage n'opère aucun changement sur le nom des époux ; les époux ont dès lors une simple faculté de prendre à titre d'usage le nom de son conjoint. Voir notamment, arrêté du 26 juin 1986 et circulaire du 26 juin 1986, *JORF* du 3 juillet 1986, p. 8246 ; arrêté du 29 juillet 2011, *JORF* du 15 novembre 2011.

⁹³⁴ Circulaire du Premier ministre du 26 février 2012, NOR : PRMX1205713C. Un recours pour excès de pouvoir a été introduit par l'association « Libérer les Mademoiselles ! » afin d'annuler cette circulaire, notamment car elle porterait atteinte à la liberté d'expression et au respect de la vie privée des femmes souhaitant être appelées par cette dénomination, et qu'elle constituerait un empiètement du pouvoir réglementaire sur les compétences du pouvoir législatif. Le Conseil d'État a estimé, d'une part, qu'aucune atteinte n'était portée aux droits invoqués et, d'autre part, que le Premier ministre n'avait pas outrepassé sa compétence, puisqu'il s'était borné à fixer des instructions aux administrations et n'avait pas imposé à des personnes privées l'obligation d'user de certains mots ou expressions. La requête de l'association a donc été rejetée (CE, arrêt du 26 décembre 2012, n° 358226).

⁹³⁵ Article 10 de la loi du 17 mai 2013, *JORF* du 18 mai 2013, p. 8253. La loi insère un article 225-1 disposant que : « Chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit ».

⁹³⁶ Article 59 de la loi du 4 août 2014, *JORF* du 5 août 2014, p. 12949, modifiant l'article 16-2 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relation avec les administrations.

indifférenciation des rôles de genre entre maris et femmes façonnés sur un modèle hiérarchique. Cette évolution s'est manifestée sur le plan juridique par une indifférenciation des énoncés du Code civil quant au genre. Par la loi du 13 juillet 1965, la capacité juridique – accordée en 1938 aux femmes mariées de façon surtout « symbolique »⁹³⁷ – est affirmée sans distinction aucune entre les époux, l'article 216 du Code civil énonçant dorénavant que : « Chaque époux a la pleine capacité de droit »⁹³⁸. Les limitations légales ou contractuelles apportées à cette capacité concernent ainsi en principe les deux époux et non plus seulement les femmes mariées⁹³⁹. Le législateur de 1975 va plus loin dans l'indifférenciation des énoncés pour garantir l'égalité des droits, en prévoyant que les époux choisissent « d'un commun accord » la résidence de la famille⁹⁴⁰ et qu'ils contribuent aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives⁹⁴¹.

309. S'agissant de l'égalité des époux d'exercer une profession, la loi du 23 décembre 1985 bilatéralise l'article 223 du Code civil qui concerne désormais les deux époux⁹⁴² et non plus seulement l'épouse comme dans la loi de 1965⁹⁴³. Pour la première fois en 1985, le législateur fait de surcroît référence à « l'égalité des époux » dans l'intitulé de la loi, et non plus seulement aux droits des femmes mariées : l'égalité par l'indifférenciation devient ainsi un objectif explicite.

310. Par ailleurs, la loi tend à favoriser la reconnaissance et la valorisation du travail des femmes mariées à des agriculteurs, des artisans ou des commerçants⁹⁴⁴, tout en préservant la neutralité des dispositions relatives à ces « conjoints ». En effet, la participation des épouses à l'exploitation agricole ou à l'activité commerciale dans l'entreprise familiale a été jusqu'alors à la fois occultée, celles-ci étant cantonnées à la sphère domestique, et rendue « naturelle », par le

⁹³⁷ MICOU Evelyne, *L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels*, op. cit., p. 183.

⁹³⁸ Loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF* du 14 juillet 1965, p. 6044.

⁹³⁹ Ainsi, selon l'article 220 du Code civil « chacun des époux » a le pouvoir de passer des contrats concernant l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, de même que « chaque époux » peut disposer librement des gains et salaires perçus par son travail, aux termes de l'article 223. Cependant, certaines dispositions réservent toujours en 1965 certaines prérogatives et devoirs aux maris, tels que le choix de la résidence de famille ou la charge de subvenir aux besoins du mariage. Les auteurs de la loi justifient le maintien de telles inégalités en renvoyant « aux modifications trop brutales » qu'aurait entraîné une égalité complète des époux (voir l'intervention du président de la Commission des lois au Sénat, lors de la séance du 6 mai 1965, p. 178).

⁹⁴⁰ Article 3 de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, modifiant l'article 215 du Code civil, *JORF* du 12 juillet 1975, p. 7176.

⁹⁴¹ Article 6 de la loi du 11 juillet 1975, modifiant l'article 214 du Code civil.

⁹⁴² Article 4 de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux, *JORF* du 26 décembre 1985, p. 15112 : « Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage ».

⁹⁴³ Article 1^{er} de la loi du 13 juillet 1965, *JORF* du 14 juillet 1965, p. 6045 : « La femme a le droit d'exercer une profession sans le consentement de son mari et elle peut toujours, pour les besoins de cette profession, aliéner et obliger seule ses biens personnels en pleine propriété ».

⁹⁴⁴ Voir l'intervention de Mme Sicard lors de la présentation du projet de loi sur les conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, première séance du 8 avril 1982, p. 998 : « Cette évolution des mentalités vers une reconnaissance sociale de la compétence de la femme et de son travail commence, sans doute, par la reconnaissance légale d'un véritable statut, tel que le propose le projet de loi en discussion ».

devoir d'assistance incombant aux époux⁹⁴⁵. L'absence de statut du conjoint participant à l'entreprise familiale a donné lieu à des inégalités de fait touchant majoritairement les épouses en matière de droits économiques et sociaux⁹⁴⁶. En prévoyant des dispositions donnant un statut aux « conjoints » d'agriculteurs, d'artisans ou de commerçant, le législateur tend par conséquent indirectement à favoriser les femmes mariées. Ainsi, bien que le législateur ne donne pas le statut de chef d'exploitation au conjoint d'exploitant agricole, la loi du 4 juillet 1980 prévoit tout de même une présomption de mandat légal d'administration des biens de l'exploitation qui bénéficie au conjoint exploitant⁹⁴⁷, ainsi qu'un droit de contrôle du bail rural, celui-ci ne pouvant être ni interrompu ni cédé, sans le consentement du conjoint exploitant⁹⁴⁸.

311. Le législateur tend bien ici à « préserver l'activité professionnelle du conjoint qui dépend directement du devenir de l'entreprise »⁹⁴⁹ en reconnaissant de façon implicite à la fois le travail des épouses au sein de l'entreprise familiale et une plus grande égalité entre les époux dans la gestion de celle-ci⁹⁵⁰. Par là même, l'égalité des sexes n'est pas uniquement interprétée comme l'identité de traitement juridique entre maris et femmes, ce à quoi tendait déjà l'égalité dans la différenciation, mais implique aussi de rendre les énoncés législatifs neutres au regard du sexe par le recours aux termes « époux » ou « conjoints ». C'est également le cas s'agissant des dispositions régissant les pouvoirs des époux sur leurs biens.

312. **Les règles relatives aux régimes matrimoniaux neutres quant au sexe.** L'indifférenciation des dispositions du Code civil portant sur les régimes matrimoniaux a été principalement menée à travers deux réformes législatives, en 1965 et en 1985. Le processus d'indifférenciation a permis de supprimer progressivement le monopole du mari dans la gestion des biens communs aux époux, mais aussi son pouvoir dans la gestion des biens propres de la femme. La loi du 13 juillet 1965 remet en cause certaines inégalités en bilatéralisant les pouvoirs initialement conférés au mari. Par exemple, la réforme du régime de communauté légale accorde aux deux époux, et non plus seulement au mari, les pleins pouvoirs sur leurs biens propres,

⁹⁴⁵ MICOU Evelyne, L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels, *op. cit.*, p. 224.

⁹⁴⁶ Voir l'intervention de Mme Sicard, *op. cit.*, p. 998 : « Ces travailleurs sont dits “sans profession” parce que sans rémunération distincte de leur époux, et ils sont privés des droits sociaux et professionnels qui seraient normalement attachés à leur activité [...] Ce qui est certain, c'est qu'il s'agit d'une majorité de femmes, conjointes d'artisan ou de commerçant, collaboratrices dites “sans profession”, dont le statut – mais peut-on vraiment parler de statut dans ce cas ? – ne prévoit pas de droits personnels et les laisse sans protection en cas de divorce ou de veuvage ».

⁹⁴⁷ Article 22 de la loi du 4 juillet 1980 d'orientation agricole, insérant l'article 789-1 du Code rural, *JORF* du 5 juillet 1980, p. 1674.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 1675 : article 846-1 du Code rural.

⁹⁴⁹ MICOU Evelyne, L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels, *op. cit.*, p. 232.

⁹⁵⁰ Article 2 de la loi du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, *JORF* du 13 juillet 1982, p. 2204. Cet article prévoit des prérogatives pour les conjoints d'artisans ou de commerçant travaillant dans l'entreprise familiale, avec un droit de contrôle sur les actes d'administration, de jouissance ou de disposition, portant sur le fonds de commerce ou l'entreprise, l'absence de consentement pouvant conduire à une demande en annulation de l'acte dans un délai de deux ans.

comprenant leur administration, jouissance et libre disposition⁹⁵¹. Une logique d'extension et non d'indifférenciation subsiste néanmoins dans certains énoncés égalitaires, comme l'article 1424 du Code civil, qui prévoit la cogestion par le mari et par la femme pour les actes les plus importants relatifs à la communauté⁹⁵². De plus, cette égalisation est limitée, puisqu'une différence entre le « mari » et la « femme » est maintenue dans nombre de dispositions, la différence renvoyant dans ces cas à des inégalités dans la gestion des biens. Ainsi, le mari administre en principe seul la communauté, selon l'article 1421 du Code civil, de même que des inégalités subsistent dans le paiement des dettes⁹⁵³, dans la gestion des biens réservés⁹⁵⁴ et dans les biens propres⁹⁵⁵, ainsi que lors de la dissolution de la communauté⁹⁵⁶.

313. La loi du 23 décembre 1985 met toutefois fin à ces dispositions inégalitaires, par une indifférenciation totale de ces règles quant au sexe des époux, à la fois dans la gestion des biens et dans le paiement des dettes. Le législateur procède à cette égalisation, soit en supprimant les dispositions inégalitaires, soit en étendant aux « époux » – et non pas à la seule femme – les droits civils en matière matrimoniale⁹⁵⁷. Le législateur supprime ainsi des dispositions inégalitaires, même lorsque celles-ci conduisaient à une certaine protection des pouvoirs de la femme sur ses biens contre l'ingérence du mari, telles que celles relatives aux biens réservés de l'épouse⁹⁵⁸, aux dettes contractées par l'épouse avec le consentement du mari, payables sur les biens de la

⁹⁵¹ Article 1428 du Code civil, modifié par la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF* du 14 juillet 1965, p. 6047 : « Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement ». De même, l'article 220 du Code civil prévoit que « chacun des époux » a le pouvoir de passer seul des contrats ayant pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants : « Toute dette ainsi contractée oblige l'autre solidairement ».

⁹⁵² *Ibid.*, p. 6047 : « Le mari ne peut, sans le consentement de la femme, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Il ne peut sans ce consentement percevoir les capitaux provenant de telles opérations. Il ne peut non plus, sans l'accord de la femme, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal ».

⁹⁵³ Articles 1413 et 1414 du Code civil. Le paiement des dettes du mari peut toujours être poursuivi sur les biens communs, sauf en cas de fraude du mari et mauvaise foi du créancier, tandis que le paiement des dettes de la femme sur les biens communs est limité aux cas où les engagements se font sans convention – ceux de moindre importance donc –, si les engagements par convention ont été consentis par le mari ou la justice, ou bien si les engagements ont été contractés pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, renvoyant à la répartition traditionnelle des rôles de genre inégalitaires. Selon l'article 1415 : « Toutes les autres dettes de la femme n'obligent que ses biens propres, en pleine propriété, et ses biens réservés ».

⁹⁵⁴ L'article 224-2 du Code civil prévoit que les salaires et gains perçus par la femme par sa profession séparée constituent des « biens réservés », faisant partie de la communauté, mais dont elle a seule l'administration (article 1425) et sur lesquels les créanciers de la femme peuvent exercer leur poursuite (article 225). Cette institution, *a priori* protectrice des biens acquis par les femmes par leurs salaires, s'est cependant révélée illusoire, « car les tribunaux ont exigé la preuve écrite de l'origine de ces biens. Faute de pouvoir établir cette preuve [...] les biens en cause sont réputés biens communs ordinaires, donc gérés par le mari » (voir l'intervention d'Yvette Roudy, séance du 6 mai 1985 à l'Assemblée nationale, p. 572).

⁹⁵⁵ Les articles 1505 et suivants du Code civil prévoit une clause d'unité d'administration, qui permet aux époux de convenir que « le mari aura l'administration des biens propres de la femme », réduisant considérablement le pouvoir des femmes mariées sur leurs biens. La possibilité de la gestion des biens propres du mari par la femme n'est en revanche pas prévue par le législateur.

⁹⁵⁶ Article 1472 du Code civil : « Le mari ne peut exercer ses reprises que sur les biens de la communauté. La femme, en cas d'insuffisance de la communauté, exerce ses reprises sur les biens personnels du mari ».

⁹⁵⁷ ROTKOPF Patricia, Le principe de non-discrimination en raison du sexe, *op. cit.*, p. 272.

⁹⁵⁸ Notamment les articles 5 et 8 de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux, *JORF officiel* du 26 décembre 1985, p. 15112, supprimant les articles 224 et 1401-2 du Code civil. Sont également abrogées les dispositions relatives à la clause d'unité d'administration, qui permettait, par convention entre les époux, de conférer la gestion des biens propres de la femme par le mari (article 30 de la loi du 23 décembre 1985 abrogeant les articles 1505 et s. du Code civil).

communauté, sur ceux du mari ou de la femme⁹⁵⁹. Ces garanties n'étaient en effet que « le corollaire du pouvoir d'administration générale du mari sur la communauté »⁹⁶⁰ et n'ont donc plus lieu d'être. Le législateur procède également à l'uniformisation des dispositions, par l'extension aux deux époux, des droits auparavant réservés au mari ou à la femme, s'agissant tant de la gestion de la communauté⁹⁶¹ que des biens propres⁹⁶². Les anciens dispositifs, certes protecteurs des femmes mais qui tendaient corrélativement à la maintenir dans un rôle subordonné car présumée incapable de gérer les biens de la communauté, sont considérés par le législateur de 1985 comme contraires au principe d'égalité⁹⁶³. La logique d'indifférenciation conduit ainsi à remplacer systématiquement les notions de « mari » et de « femme » par celle d'« époux », même dans les dispositions sexuées n'établissant pourtant aucune inégalité⁹⁶⁴. Partant, l'égalisation du pouvoir des époux sur leurs biens ne se manifeste pas uniquement par la remise en cause des inégalités mais aussi par la suppression de toute référence à la distinction de sexe, comme en matière de divorce.

314. L'égalisation des dispositions portant sur le divorce. La législation de la III^e République rétablissant le divorce contenait, certes, peu de dispositions inégalitaires entre les époux⁹⁶⁵. L'indifférenciation complète des énoncés législatifs relatifs au divorce au regard du sexe a néanmoins conduit à tous les supprimer. Une loi de 1904 abroge en ce sens l'article 298 du Code civil qui instaurait une inégalité entre les époux en cas de divorce pour cause d'adultère, alors même que le devoir de fidélité, énoncé à l'article 212 du Code civil, concernait en principe depuis 1804 les époux de manière indifférenciée. Mais tandis qu'il était simplement interdit au mari coupable de se marier avec sa complice, l'épouse pouvait être quant à elle condamnée à la

⁹⁵⁹ Article 12 de la loi du 23 décembre 1985 abrogeant les articles 1419 et 1420 du Code civil.

⁹⁶⁰ Débats parlementaires, séance du 6 mai 1985 à l'Assemblée nationale, p. 570.

⁹⁶¹ La loi de 1985 étend aux deux époux, de façon concurrente, le pouvoir d'administration qui était dévolu au mari (article 13 de la loi du 23 décembre 1985, modifiant l'article 1421 du Code civil). Par ailleurs, la réforme conduit aussi à bilatéraliser les règles du Code civil relatives au passif de la communauté, dont l'article 1413 : « Le principe est désormais posé que chacun des époux aura le même pouvoir d'engager par ses dettes l'ensemble des biens communs » (voir l'intervention de Robert Badinter lors de la séance du 6 mai 1985 à l'Assemblée nationale, p. 574).

⁹⁶² L'article 225 énonce désormais de manière indifférenciée que : « Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels ».

⁹⁶³ C'est aussi la logique de l'article 18 de la loi de 1985, qui modifie l'article 1439 du Code civil relatif à la constitution de la dot de l'enfant commun. Si la loi de 1965 considérait que celle-ci était supportée par moitié par la femme à la dissolution de la communauté, elle permettait au mari de se charger totalement ou en grande partie de la constitution de la dot. La loi de 1985 étend ce dispositif de protection aux deux époux, mettant par là même fin à l'inégalité.

⁹⁶⁴ C'est le cas par exemple de la modification de l'article 1409 du Code civil, qui définit le passif de la communauté. La loi de 1965 énonçait que le passif se composait « sans distinguer entre le mari et la femme », des aliments dus par les époux et des dettes contractées par eux. La loi de 1985 ne modifie pas le fond de cet article, mais supprime la référence à la distinction entre mari et femme, alors même que la disposition de 1965 précisait justement qu'il n'y avait pas de différence de traitement entre mari et femme. En 1985, l'indifférenciation des règles par le recours au terme « époux » rend cette précision inutile.

⁹⁶⁵ La loi du 27 juillet 1884 sur le divorce établit, par l'article 230 du Code civil, une égalité par la différenciation dans les causes de divorce, permettant aux femmes de divorcer pour cause d'adultère de leurs maris (*JORF* du 29 juillet 1884, p. 4041). En revanche, une inégalité subsiste entre hommes et femmes quant au délai de viduité, l'article 296 du Code civil énonçant que : « La femme divorcée ne pourra pas se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif ».

réclusion dans une maison de correction pendant un temps allant de trois mois à deux ans⁹⁶⁶. C'est le législateur de 1975 qui abolit l'adultère comme délit pénal, supprimant par là même les dispositions inégalitaires⁹⁶⁷. L'égalisation des droits des époux conduit également les parlementaires de 1975 à remettre en cause l'article 324-2 du Code pénal qui prévoyait d'excuser le meurtre commis par le mari sur son épouse, ainsi que sur le complice d'adultère, dans l'hypothèse où il les surprenait en flagrant délit dans la maison conjugale⁹⁶⁸.

315. Outre le rétablissement du divorce par consentement mutuel, qui n'est plus nécessairement fondé sur la preuve d'une faute du conjoint⁹⁶⁹, la loi du 11 juillet 1975 instaure le système de prestation compensatoire, sans distinction de sexe⁹⁷⁰, bien que celui-ci bénéficie en pratique principalement aux femmes qui se voient majoritairement confier la garde des enfants par les tribunaux⁹⁷¹. Cette neutralisation des énoncés au regard du sexe des époux se manifeste également à travers la suppression par la loi du 26 mai 2004, sans réel débat, du délai de viduité qui imposait aux seules femmes un délai de trois cents jours entre la dissolution d'un premier mariage et la célébration d'un nouveau⁹⁷². Cette inégalité, qui permettait de s'assurer de la paternité d'un éventuel enfant né après le divorce, n'a en effet plus lieu d'être puisqu'il existe désormais, selon les parlementaires, d'autres moyens pour déterminer la paternité d'un enfant⁹⁷³.

⁹⁶⁶ Loi du 15 décembre 1904 abrogeant l'article 298 du Code civil, *JORF* du 16 décembre 1904, p. 7493.

⁹⁶⁷ Article 17 de la loi du 11 juillet 1975, abrogeant les articles 336 à 339 du Code pénal, *JORF* du 12 juillet 1975, p. 7177.

⁹⁶⁸ Si les parlementaires sont en accord sur le principe de l'égalité entre mari et femme en matière d'adultère, ils sont en revanche en désaccord sur la manière de procéder à cette égalisation. Certains, dont le rapporteur de la Commission des lois à l'Assemblée nationale, proposent par voie d'amendement de maintenir l'excuse du meurtre commis sur le conjoint ou le complice, tout en étendant cette possibilité aux femmes, procédant ainsi à une égalisation par extension (débat parlementaire, séance du 4 juin 1975 à l'Assemblée nationale, p. 3640 : « La Commission souhaite que l'excuse soit maintenue et même qu'elle soit étendue à l'épouse qui surprend, au domicile conjugal son mari en flagrant délit d'adultère, ce qui assurerait l'égalité entre le mari et la femme »). D'autres, à l'instar du député Gerbet ou du Garde des Sceaux Jean Lecanuet, souhaitent d'abroger totalement cette disposition jugée « archaïque », l'extension de l'excuse aux femmes risquant de plus à multiplier les meurtres au sein du domicile conjugal (voir l'intervention de Claude Gerbet, auteur d'une proposition de loi sur l'égalité des époux face aux sanctions pénales du délit d'adultère, séance du 4 juin 1975, p. 3640). L'amendement n'est pas adopté et les députés procèdent ainsi à une indifférenciation des normes relatives à l'adultère au regard du sexe par la suppression de ce délit dans le Code pénal.

⁹⁶⁹ Cette facilitation bénéficie en pratique majoritairement aux femmes, qui sont, à l'époque de l'adoption de la loi, plus nombreuses que les hommes à demander le divorce. Voir sur ce point l'intervention de Jean Lecanuet lors de la séance du 28 mai 1975, p. 3299 : « Après une longue période de relative stabilité, la fréquence des divorces est, hélas ! passée, en quelques années, de 9 à 13 pour 100. Il semble [...] que cette progression soit liée à la décision des femmes et qu'elle traduise l'accession de celles-ci à une plus grande indépendance [...] 63 pour 100 des demandes en divorce et 78 pour 100 des demandes en séparation de corps sont formées par les épouses ».

⁹⁷⁰ Article 270 du Code civil. Le critère du sexe n'est en principe pas pris en compte par le juge dans la détermination des besoins et des ressources, selon l'article 272 du Code civil.

⁹⁷¹ MOREAU Caroline, MUNOZ PEREZ Brigitte, SERVERIN Evelyne, *Les prestations compensatoires à l'épreuve du temps*, Direction des affaires civiles et du sceau, ministère de la Justice, septembre 2006, p. 84 : « La quasi-totalité des prestations compensatoires sont octroyées aux femmes (97 %) ».

⁹⁷² Article 23 de la loi du 26 mai 2004, abrogeant l'article 261 du Code civil, *JORF* du 27 mai 2004, p. 9319. Toutefois, cette réforme n'apparaît étonnamment pas dans les rapports faits au nom de la délégation aux droits des femmes sur le projet de loi, enregistrés au Sénat le 16 décembre 2003 et à l'Assemblée nationale le 3 mars 2004.

⁹⁷³ GÉLARD Patrice, Rapport n° 120 (2003-2004) fait au nom de la commission des lois, déposé le 17 décembre 2003 au Sénat : « Elle paraît désormais obsolète, du fait des possibilités actuelles de détermination de la paternité. De plus, elle peut empêcher des femmes enceintes de leur nouveau compagnon de contracter un nouveau mariage avec celui-ci avant la naissance de l'enfant, ce qui ne paraît pas justifié ».

316. L'indifférenciation du droit à l'égard du sexe dans les énoncés relatifs à la rupture des couples mariés a également conduit le juge judiciaire à juger la répudiation contraire à l'égalité des sexes. Bien qu'admis dans un premier temps par la Cour de cassation⁹⁷⁴, l'exequatur des jugements étrangers prononçant des répudiations musulmanes unilatérales de la femme par le mari a été refusé par les juges judiciaires à partir des années 1990⁹⁷⁵. Si la Cour s'est dans un premier temps fondée sur l'inégalité résultant d'une mauvaise application de la procédure qui ne permettait pas aux femmes de jouir des droits de la défense⁹⁷⁶, elle a davantage considéré par la suite⁹⁷⁷ l'inégalité engendrée par la répudiation même de la femme par le mari⁹⁷⁸. Cette solution a donné lieu à une jurisprudence constante, soulignant la propension du juge à procéder, à l'instar du législateur, à une indifférenciation des normes juridiques au regard du sexe des époux pour permettre l'égalité des droits civils⁹⁷⁹.

317. Une telle évolution est également notable s'agissant des droits des parents, alors même que la division des rôles de « père » et « mère » est plus ancrée que celle des rôles de « mari » et « femme »⁹⁸⁰, rendant *a priori* plus difficile une indifférenciation des normes à l'égard du sexe des parents.

⁹⁷⁴ Cass., 1^{ère} civ., 18 décembre 1979, n° 78-11085 : « La procédure incriminée n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international » ; 3 novembre 1983, n° 81-15745 : selon la Cour, le caractère révocable de la répudiation ne heurte pas « un ordre juridique exigeant la pleine égalité des époux ».

⁹⁷⁵ Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1994, n° 92-13523. Confirmée par l'arrêt du 31 janvier 1995, n° 93-10769 et par l'arrêt du 11 mars 1997, n° 94-19447.

⁹⁷⁶ La Cour a en effet considéré comme contraires à l'article 5 du Protocole 7 à la Convention européenne des droits de l'homme garantissant l'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage (protocole n° 7 du 22 novembre 1984, ratifié par la France le 17 février 1986 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988) la procédure de répudiation lorsque celle-ci ne permet pas à l'épouse d'être citée ou représentée lors de la procédure – procédure non contradictoire qui ne respecte dès lors pas les Conventions franco-marocaines du 5 octobre 1957 et du 10 août 1981. En conformité avec cette logique, la Cour de cassation a admis en 2001 une répudiation unilatérale prononcée à l'étranger, dès lors que le choix du tribunal par le mari n'a pas été frauduleux, que l'épouse a pu faire valoir ses prétentions et ses défenses, et que le jugement a garanti à celle-ci des avantages financiers en condamnant le mari à payer des dommages et intérêts, une pension de retraite et une pension alimentaire (Cass., 1^{ère} civ., 3 juillet 2001, n° 00-11968). Cet arrêt ne constitue dès lors pas un revirement par rapport à la jurisprudence des années 90, mais plutôt un « infléchissement dû aux circonstances de l'affaire » : COURBE Patrick, « Le rejet des répudiations musulmanes », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 815.

⁹⁷⁷ Cass., 1^{ère} civ., 17 février 2004, n° 01-11549 : « Cette décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984 [...] et à l'ordre public international réservé [...] dès lors que, comme en l'espèce, la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français ».

⁹⁷⁸ NIBOYET Marie-Laure, « La première chambre civile répudie sa propre jurisprudence sur les répudiations musulmanes », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 3378 : « Si l'on veut raisonner en termes de contrariété à l'ordre public, il fallait admettre que la répudiation était susceptible de porter atteinte autant à l'ordre public de fond (par son caractère discriminatoire) qu'à l'ordre public procédural (quand l'épouse n'a pas été légalement citée et appelée à faire valoir ses prétentions et défenses) ».

⁹⁷⁹ Voir notamment Cass., 1^{ère} civ., 25 octobre 2005, n° 03-20845 ; 10 mai 2006, n° 04-19444 ; 14 mai 2014, n° 13-17124.

⁹⁸⁰ Voir par exemple DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « La question juridique de l'égalité des sexes », *Observatoire des inégalités*, URL : <http://www.inegalites.fr/spip.php?article219> : « La différence des sexes, par contre, oblige à s'affronter au paradigme de l'égalité dans la différence, parce que si l'on peut affirmer qu'il n'y a pas de différence entre un citoyen noir ou blanc, ce qui justifie l'égalité de leur droit de vote, il est bien difficile d'utiliser le même raisonnement à propos du rôle de la mère et du père dans la famille ».

B. L'identité des droits parentaux

318. Sur le fondement de l'égalité des sexes, le législateur a peu à peu procédé à une indifférenciation du traitement juridique des hommes et des femmes dans leur rôle de parents. Toutefois, si ce processus a conduit à remettre en cause les inégalités de genre et en particulier la suprématie du père dans la direction de la famille, il n'a pas pour autant mené à une indifférenciation complète des énoncés juridiques à l'égard du sexe des parents. Certes, l'utilisation du terme « parents » à la place de ceux de « père » ou « mère » a dans certains cas permis une telle indifférenciation, mais la volonté du législateur de maintenir les notions de « père » et de « mère » dans le Code civil exprime sa réticence à inscrire dans le droit une interchangeabilité totale des rôles de genre⁹⁸¹. Il s'agit cependant d'analyser pour l'instant, à travers diverses illustrations, la manière dont l'égalité des sexes a été interprétée comme indifférenciation des traitements juridiques au regard du sexe, conduisant le législateur à remettre en cause la plupart des inégalités entre pères et mères. La suppression par le législateur de 2014 du terme « bon père de famille » dans les énoncés juridiques peut ainsi être appréhendée comme l'aboutissement d'une indifférenciation progressive des textes du droit de la famille au regard du genre, à travers la suppression de toute manifestation de la suprématie paternelle⁹⁸².

319. **La remise en cause de la distinction entre le père et la mère dans l'exercice de l'autorité parentale.** La loi du 4 juin 1970 met fin à la « puissance paternelle » dans la famille légitime, qui confiait au seul père, aux termes de l'article 373 du Code civil, l'autorité sur les enfants⁹⁸³. Le législateur introduit ainsi la notion d'« autorité parentale » neutre à l'égard du sexe et en étend explicitement l'exercice à la mère⁹⁸⁴, tout en maintenant une différence sexuée entre les parents dans l'énoncé. Dans la même logique, le législateur est intervenu quinze ans après afin de confier aux deux parents, et non plus uniquement au père, la gestion commune de l'administration et de la jouissance des biens des enfants⁹⁸⁵.

⁹⁸¹ Cf. partie II, titre II, chapitre II.

⁹⁸² Article 26 de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* du 5 août 2014, p. 12949. Dans une optique « *genderblind* », cette disposition remplace l'expression « bon père de famille » par celles de « raisonnable » et « raisonnablement » dans le Code civil, le Code de la consommation, le Code rural et le Code de l'urbanisme.

⁹⁸³ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 486.

⁹⁸⁴ Article 1^{er} de la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JORF* du 5 juin 1970, p. 5227, qui introduit l'article 372 du Code civil : « Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité ».

⁹⁸⁵ Article 40 de la loi du 23 décembre 1985, *JORF* du 26 décembre 1985, p. 15114, qui modifie l'article 383 du Code civil : « L'administration légale est exercée conjointement par le père et la mère lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale et, dans les autres cas, sous le contrôle du juge, soit par le père, soit par la mère [...]. La jouissance légale est attachée à l'administration légale : elle appartient soit aux deux parents conjointement, soit à celui des père et mère qui a la charge de l'administration ».

320. Mais si le principe de l'exercice commun de l'autorité parentale par les père et mère lorsqu'ils sont mariés est posé par la loi de 1970, il demeure lettre morte s'agissant des parents divorcés, ainsi que des parents non mariés. En effet, en premier lieu, la fin du mariage fait disparaître l'exercice conjoint de l'autorité parentale, celle-ci étant exercée par le parent à qui le juge a confié la garde de l'enfant, soit le plus souvent la mère⁹⁸⁶ bien que l'article 373-2 du Code civil soit neutre sur ce point⁹⁸⁷. L'inégalité entre les parents résulte donc sur ce point de la pratique des tribunaux et non du texte juridique en tant que tel. De la même manière, dans le cadre de la famille naturelle, le législateur et le juge attribuent plus volontiers à la mère qu'au père la tâche d'élever les enfants⁹⁸⁸. Ceci rend compte de la persistance en 1970 de la répartition inégalitaire des rôles de genre, les femmes étant encore assimilées à la sphère domestique.

321. Néanmoins, là encore, le processus d'égalisation a mené le législateur à remettre en cause cette répartition des rôles de genre, du moins au sein des énoncés juridiques, au motif, principalement, qu'elle conduisait à écarter les pères de l'exercice de l'autorité parentale – et non parce qu'elle contribuait à confiner les femmes à la sphère domestique⁹⁸⁹. En ce sens, la loi du 22 juillet 1987, reprenant la jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁹⁰, donne la faculté aux deux parents d'exercer conjointement l'autorité parentale en cas de divorce⁹⁹¹. De même, elle permet l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur l'enfant naturel si les parents en font la demande – le principe restant tout de même que la mère exerce l'autorité parentale. Plus « qu'une vocation égalitaire »⁹⁹², ces articles ont cependant comme objectif de préserver l'intérêt de l'enfant, ce qui explique que l'exercice conjoint demeure une faculté et ne devienne pas un principe. La loi du 8 janvier 1993 marque une étape supplémentaire dans l'égalisation en faisant de l'exercice conjoint de l'autorité parentale un principe, même en cas de divorce ou de séparation de corps, sauf si l'intérêt de l'enfant conduit le juge à désigner un seul parent. S'agissant de la famille naturelle, ce principe est néanmoins conditionné par la reconnaissance de l'enfant par ses deux parents avant

⁹⁸⁶ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre », *op. cit.*, p. 486.

⁹⁸⁷ Article 373-3 du Code civil : « Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre ».

⁹⁸⁸ L'article 374 du Code civil issu de la loi de 1970 relatif à l'enfant naturel, qui prévoit de confier par principe l'autorité parentale à la mère lorsque les deux parents ont reconnu l'enfant, sauf décision contraire du tribunal, qui peut la confier au seul père ou aux deux parents, sur demande de l'un deux ou du ministère public.

⁹⁸⁹ Les parlementaires prônent en effet dans les années 1980 une égalisation en faveur du droit des pères à exercer l'autorité parentale, conjointement ou non. Voir par exemple l'intervention de Pierre Mazeaud, rapporteur lors de l'examen du projet de loi sur l'exercice de l'autorité parentale, lors de la séance du 7 mai 1987, p. 948 : « Voilà le sujet tabou : l'injustice dont les pères, notamment lorsqu'il s'agit d'enfants jeunes, sont en droit de se plaindre car il est vrai que – et c'est une autre constatation – lorsque les parents sont désunis, les enfants jeunes sont le plus souvent confiés à la mère ».

⁹⁹⁰ Cass., 2^e civ., 2 mai 1984, n° 83-11071.

⁹⁹¹ Article 15 de la loi du 22 juillet 1987, *JORF* du 24 juillet 1987, p. 8254, modifiant l'article 373-2 du Code civil : « Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents, soit par celui d'entre eux à qui le tribunal l'a confié, sauf, dans ce dernier cas, le droit de visite et de surveillance de l'autre ».

⁹⁹² ROTKOPF Patricia, Le principe de non-discrimination en raison du sexe, *op. cit.*, p. 310.

l'âge d'un an, ainsi qu'à la cohabitation des parents⁹⁹³. L'indifférenciation entre le père et la mère demeure donc imparfaite, puisque dans le cas où ces conditions ne seraient pas réunies, la loi prévoit que l'exercice de l'autorité parentale est confié à la mère.

322. Plus avant, pensée essentiellement en vue de la protection de « l'intérêt de l'enfant »⁹⁹⁴, la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale tend aussi à établir une égalité des droits des parents dans leurs relations avec l'enfant⁹⁹⁵. Elle met cette fois-ci fin à la distinction entre père et mère dans l'exercice de l'autorité parentale, en même temps qu'elle supprime la différence de traitement entre enfants légitimes et naturels. Le principe de la coparentalité – garantie ici de l'identité de traitement entre les parents – est affirmé dès lors que la filiation est établie à l'égard des deux parents, peu importe que ces derniers soient ou non mariés. Ce principe fait davantage référence à une « égalité par association », qu'à une « égalité dans l'indépendance »⁹⁹⁶. En effet, elle conduit tant à une prise de décision en commun par les parents – et non pas uniquement à un égal pouvoir de décision – qu'au principe de la « résidence alternée »⁹⁹⁷. Après cette réforme, le terme de « parents » est ainsi davantage employé dans les dispositions relatives à l'autorité parentale⁹⁹⁸, renvoyant à une égalisation par l'indifférenciation des rôles de genre au sein de la famille. Mais si le législateur a clairement inscrit l'identité de traitement entre les parents dans le Code civil, il n'a cependant pas procédé à une totale indifférenciation de ces dispositions à l'égard du sexe, puisqu'il maintient les termes de « père » et de « mère »⁹⁹⁹, marquant une limite dans l'égalité par l'indifférenciation. La démarche employée par le législateur montre néanmoins que l'égalisation est interprétée par principe comme une indifférenciation des énoncés juridiques à l'égard du sexe, ce qu'expriment également les réformes relatives à la transmission du nom des parents à l'enfant.

⁹⁹³ Article 46 de la loi du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF* du 9 janvier 1993, p. 495.

⁹⁹⁴ Voir notamment le rapport au Garde des Sceaux, élaboré par le groupe de travail présidé par Françoise DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La Documentation française, septembre 1999, p. 11 : « C'est l'autorité parentale qui permet aux parents d'exercer leur responsabilité d'élever l'enfant. La stabilité et la force de ce lien sont nécessaires à la fois pour donner aux parents les moyens de leur mission, et pour assurer à l'enfant les repères dont il a besoin. Cette autorité mérite d'être revalorisée et plus clairement confiée aux deux parents ensemble, quelles que soient les vicissitudes de leur vie de couple ».

⁹⁹⁵ Voir l'intervention de Chantal Robin-Rodrigo, rapporteure de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, lors de la séance du 14 juin 2001 à l'Assemblée nationale, p. 4248 : « Les avancées juridiques proposées sont considérables : affirmation des droits et devoirs de chacun des parents à l'égard de l'enfant ; égalité des père et mère dans le respect de ces droits et devoirs, par la coparentalité ; exercice conjoint de l'autorité parentale, quel que soit le statut des parents – mariés, séparés, divorcés ou concubins – ; affirmation de l'intérêt de l'enfant comme finalité et fondement de l'autorité parentale ; égalité de traitement entre tous les enfants, qu'ils soient légitimes ou naturels ».

⁹⁹⁶ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre », *op. cit.*, p. 490.

⁹⁹⁷ Article 373-2-9 du Code civil.

⁹⁹⁸ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre », *op. cit.*, p. 488. Les auteurs relèvent les dispositions qui visent les « parents », « chacun des parents », « l'un des parents » et « l'autre parent », notamment aux articles 371-1, 371-2 et 371-3, 373-1 et 373-2, 375 et suivants, et 377 du Code civil.

⁹⁹⁹ Article 5 de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* du 5 mars 2002, p. 4161, modifiant l'article 372 du Code civil : « Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale ».

323. **La suppression de la suprématie du père dans la transmission du nom à l'enfant.** Il a fallu plusieurs réformes législatives pour que les dispositions du Code civil relatives à la transmission du nom à l'enfant deviennent en 2013 relativement neutres à l'égard du sexe des parents. Le législateur a en effet difficilement remis en cause la prééminence du nom du père, du nom « patronymique »¹⁰⁰⁰. Certes, la loi du 23 décembre 1985 établit la faculté pour toute personne majeure d'ajouter à son nom « à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien »¹⁰⁰¹. Toutefois, ce simple droit d'usage est limité à une génération de sorte que « toute personne pourra porter le nom de sa mère mais ne pourra pas le transmettre à ses propres enfants », créant ainsi une « illusion d'égalité »¹⁰⁰².

324. La loi du 4 mars 2002, « sur le fondement d'une idéologie égalitaire affichée »¹⁰⁰³, semble procéder à première vue à une indifférenciation de ces règles au regard du sexe, en mettant fin à la transmission automatique du père pour les enfants légitimes qui devient le « nom de famille », formule neutre quant au sexe. Le législateur, sans distinguer *a priori* entre enfants légitimes et naturels, introduit ainsi l'article 311-21 du Code civil qui offre aux parents qui ont établi la filiation de façon simultanée la possibilité de choisir d'un commun accord que leur enfant porte soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés « dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux »¹⁰⁰⁴. La proposition du sénateur Masson visant à transmettre le nom du père aux garçons et le nom de la mère aux filles, certes égalitaire puisque permettant aux mères et aux pères de transmettre leur nom, a été rejetée, ce qui montre la volonté du législateur de 2002 de se départir d'une approche différencialiste de l'égalité¹⁰⁰⁵. L'égalisation ainsi établie rencontre néanmoins certaines limites, puisqu'elle conserve d'une différence de traitement entre les parents, qu'il s'agira d'étudier ultérieurement¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁰ Les règles de transmission du nom étaient gouvernées par la coutume s'agissant des enfants légitimes (ROTKOPF Patricia, *Le principe de non-discrimination en raison du sexe*, op. cit., p. 317). Cette coutume a été confirmée par la loi du 11 juillet 1966 relative à l'adoption, qui énonce à l'article 357 du Code civil, à propos des effets de l'adoption plénière : « L'adoption confère à l'enfant le nom de l'adoptant et, en cas d'adoption par les deux époux, le nom du mari » (*JORF* du 12 juillet 1966, p. 5958). Elles étaient prévues par la loi s'agissant des enfants naturels lorsque la filiation était établie simultanément par les deux parents (loi du 3 janvier 1972 relative *JORF* du 5 janvier 1972, p. 148 : article 334-1 du Code civil).

¹⁰⁰¹ *JORF* du 26 décembre 1985, p. 15114.

¹⁰⁰² ROTKOPF Patricia, *Le principe de non-discrimination en raison du sexe*, op. cit., p. 322.

¹⁰⁰³ LE DOUJET Thomas Frédérique, « Nom de famille et nom d'usage. Le système onomastique a-t-il un genre ? », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 68. Voir en particulier l'intervention du député Gouzes lors de la séance du 8 février 2001 à l'Assemblée nationale, p. 1291, qui se fonde sur la CEDEF de 1979 ainsi que sur le droit européen des droits de l'homme pour rejeter la discrimination fondée sur le sexe s'agissant de la transmission du nom par le père à sa descendance.

¹⁰⁰⁴ Article 4 de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *JORF* du 5 mars 2002, p. 4159. Selon l'alinéa 2 de l'article 311-21 : « Le nom dévolu au premier enfant vaut pour les autres enfants communs ». Cette possibilité est également offerte aux parents en cas d'adoption plénière, lors de la substitution du nom de famille des adoptants à celui de l'enfant (article 19 de la loi du 4 mars 2002, modifiant l'article 363 du Code civil).

¹⁰⁰⁵ Débats parlementaires, séance du 8 février 2001 à l'Assemblée nationale, p. 1298.

¹⁰⁰⁶ Cf. partie II, titre II, chapitre II.

325. La loi du 17 mai 2013 tend malgré tout à instaurer un dispositif plus égalitaire rendu nécessaire par l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe¹⁰⁰⁷. En effet, la différence des sexes au sein du couple d'adoptants n'est plus une condition à l'adoption ; cela justifie, dès lors, l'indifférenciation des énoncés relatifs à la dévolution du nom des parents adoptifs à l'enfant adopté. Le législateur de 2013 prévoit en ce sens, pour l'adoption plénière ou simple, qu'en l'absence de déclaration conjointe des parents adoptifs la règle des deux noms accolés selon l'ordre alphabétique s'applique¹⁰⁰⁸. Sans étendre complètement cette solution au nom de l'enfant non adopté, la loi de 2013 a modifié l'article 311-21 du Code civil afin qu'en cas de désaccord entre les parents, ce ne soit plus le nom du père qui prime, mais le système du double-nom accolé dans l'ordre alphabétique¹⁰⁰⁹. Cette règle ne vaut seulement que si le désaccord est signalé à l'officier d'état civil par l'un des parents au plus tard le jour de la reconnaissance de l'enfant ou postérieurement au jour de l'établissement simultané de la filiation. Malgré cette limite, qui suppose que les parents aient connaissance de cette faculté de désaccord, la nouvelle disposition a bien pour effet de supprimer la prééminence auparavant accordée au père ; ce dernier pouvait auparavant imposer son propre nom s'il manifestait son désaccord, la mère étant dès lors impuissante à faire valoir son nom¹⁰¹⁰. La démarche égalitariste du législateur se manifeste par conséquent non seulement à travers l'effacement de la primauté du nom patronymique dans la transmission du nom à l'enfant, mais également par l'indifférenciation des énoncés au regard du sexe, par l'utilisation du terme de « parents » à la place de ceux de « père » et « mère ». Cette évolution montre que les rôles de genre sont de plus en plus considérés comme interchangeables au sein de la famille, en particulier depuis l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe. L'évolution des règles relatives au projet parental manifeste également la prise en compte d'une relative interchangeabilité des rôles de genre.

¹⁰⁰⁷ Le Comité des Nations Unies a sur ce point jugé, dans une décision du 4 août 2009, que la loi du 4 mars 2002 amendée par la loi du 18 mars 2003 était encore discriminatoire à l'égard des femmes, sur le fondement de l'article 16 de la CEDEF, qui permet « aux femmes mariées ou vivant dans une relation de couple mari femme de garder leur nom de jeune fille, qui fait partie de leur identité, et de le transmettre à leurs enfants » (point 11.12). Toutefois, la France n'a pas été condamnée car la requête était en l'espèce irrecevable, en ce que les plaignants n'avaient pas épuisé les voies de recours internes (en particulier l'article 61 du Code civil qui permet de changer de nom à condition de démontrer un motif légitime).

¹⁰⁰⁸ Concernant l'adoption plénière : article 11 de la loi du 17 mai 2013, *JORF* du 18 mai 2013, p. 8253, modifiant l'article 357 du Code civil : « En l'absence de déclaration conjointe mentionnant le choix de nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun des deux adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique ». Concernant l'adoption simple : article 12 de la loi du 17 mai 2013, modifiant l'article 263 du Code civil : « En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction en seconde position du premier nom des adoptants selon l'ordre alphabétique, au premier nom de l'adopté ».

¹⁰⁰⁹ Article 11 de la loi du 17 mai 2013 : « En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique ».

¹⁰¹⁰ MICHEL Jean-Pierre, Rapport n° 437 (2012-2013) fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, déposé le 20 mars 2013 au Sénat : « Il n'est alors pas souhaitable que le père puisse, par son désaccord, imposer son nom, pour l'enfant, à la mère ».

326. **La question de l'interchangeabilité des rôles de genre dans le projet parental.**

Certes, le droit de la filiation est empreint d'un différencialisme marqué entre les sexes, justifié par les rôles biologiques distincts entre père et mère dans la procréation¹⁰¹¹. Malgré tout, au nom de l'égalité, certains pans du droit relatif à la procréation et à la filiation tendent à s'en départir, à travers l'atténuation des rôles de genre différenciés au sein du couple de parents. Un processus d'indifférenciation est ainsi perceptible dans les cas où la procréation n'est pas issue d'une relation sexuelle entre un homme et une femme soit, d'une part, en matière de filiation adoptive et, d'autre part, en matière d'assistance médicale à la procréation (AMP), où le projet parental concerne les deux parents sans distinction de sexe.

327. En premier lieu, on constate la neutralité des dispositions relatives à l'adoption, qui ne vise certes pas à résoudre une inégalité entre hommes et femmes, mais plutôt à remettre en cause une inégalité entre couples de personnes de sexes différents et couples de personnes de même sexe¹⁰¹². Toutefois, l'égalité de traitement entre les sexes en matière d'adoption n'était pas, jusqu'à récemment, fondée sur une indifférenciation totale des normes au regard du sexe des parents adoptifs. Ainsi, l'interprétation faite par les juges des règles relatives à l'adoption, liée à celle des règles du mariage, impliquait nécessairement la différence des sexes au sein du couple d'adoptants. L'adoption conjointe n'étant ouverte qu'aux couples mariés¹⁰¹³ et le mariage étant réservé uniquement avant 2013 aux couples composés d'un homme et d'une femme¹⁰¹⁴, les couples de personnes de même sexe se sont dès lors trouvés exclus de la possibilité d'adopter. Une telle inégalité n'a pas été considérée comme contraire au principe d'égalité par le Conseil constitutionnel¹⁰¹⁵. Le principe d'égalité, entendu comme traitement identique, n'avait pas ici vocation à s'appliquer, puisque la différence de traitement était légitimée par la différence de

¹⁰¹¹ Cf. partie II, titre II, chapitre II.

¹⁰¹² Hormis les règles relatives à la transmission du nom à l'enfant adopté étudiées précédemment, la législation autorisant l'adoption n'a créé aucune différence de traitement entre femmes et hommes et a été élaborée de façon assez neutre quant au sexe, malgré l'utilisation constante des termes de « père » et « mère ». Le Code civil de 1804, modifié par le décret du 29 juillet 1939 instituant le « code de la famille », fixe les conditions permettant l'adoption à l'article 344 du Code civil, sans distinction de sexe : « L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de quarante ans » et à l'article 346 : « Nul ne peut être adopté par plusieurs si ce n'est par deux époux ».

¹⁰¹³ Article 343 du Code civil : « L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans ».

¹⁰¹⁴ La Cour de cassation a confirmé en 2007 la solution retenue par la Cour d'appel de Bordeaux en 2005, en jugeant que la différence des sexes est une condition du mariage, liée à la constitution d'une famille « légitime » par l'engendrement issu d'un homme et d'une femme (Cass., 1^{ère} civ., 13 mars 2007, n° 5-16.627 : « Selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme »).

¹⁰¹⁵ Cons. constit., 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autres*, n° 2010-92 QPC. Le Conseil constitutionnel a estimé qu'il revenait au législateur d'apprécier la question de la légitimité de la différence de traitement entre les couples au regard de leur différence de situation. Une telle solution a également été retenue par la Cour européenne des droits de l'homme, en jugeant que « les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement » (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 30141/04).

situation entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels au regard de la procréation¹⁰¹⁶.

328. Pour permettre l'adoption, conjointe ou coparentale, par les couples de personnes de même sexe en droit français, il était par conséquent indispensable de procéder à une indifférenciation des énoncés normatifs au regard du sexe des époux, afin de permettre aux couples de personnes de même sexe de se marier, l'adoption conjointe ou coparentale étant autorisée uniquement dans le cadre du mariage. Malgré une opposition virulente de la part de nombreux parlementaires¹⁰¹⁷, la différence des sexes est ainsi devenue, avec la loi du 17 mai 2013, non-pertinente s'agissant du mariage et de l'adoption. En adoptant les articles 6-1¹⁰¹⁸ et 143 du Code civil¹⁰¹⁹, le législateur a procédé à une indifférenciation explicite au regard du sexe des énoncés du Code civil, rendue nécessaire par le caractère jurisprudentiel et non textuel de l'exigence de différence des sexes. En effet, le Code civil n'énonçant pas explicitement le caractère hétérosexuel du mariage, le législateur a dû affirmer clairement dans son énoncé que la différence des sexes n'était pas une condition pour se marier et, partant, pour adopter. Ainsi, ce processus d'indifférenciation se fonde-t-il sur une relative interchangeabilité des rôles de genre dans l'éducation des enfants au sein de la famille, un couple de parents n'étant plus nécessairement, au regard des dispositions relatives à la filiation adoptive, composé d'un père et d'une mère¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁶ PERREAU Bruno, « L'égalité introuvable. Homosexualité et adoption en France : une politique publique jurisprudentielle », *Nouvelles Questions Féministes*, Vol. 22, 2003/3, p. 44. L'auteur considère en cela l'égalité comme un « principe intrinsèquement hétérosexuel » : « C'est au nom même de l'égalité que les lesbiennes et les gays sont discriminés : la domination hétérosexuelle conduit à penser les droits dans son vocabulaire. L'égalité n'est possible que par mimétisme, elle suppose la similitude par rapport à l'étalon normatif hétérosexuel.

¹⁰¹⁷ Ce processus d'indifférenciation a fait face à une forte opposition de la part de nombreux parlementaires, qui ont pris position, non tant contre l'ouverture du mariage en lui-même, que contre les conséquences que cette ouverture a entraînées en matière d'adoption. Selon ces détracteurs, l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe conduirait à permettre « un droit à l'enfant », manifestation de l'égoïsme des parents contraire à « l'intérêt de l'enfant ». Voir FONDIMARE Elsa, MARGUET Laurie, « Droit au mariage : La longue épopée juridique vers l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 21 mai 2013.

¹⁰¹⁸ Article 6-1 du Code civil, créé par l'article 13 de loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* du 18 mai 2013, p. 8253 : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois [...] que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ».

¹⁰¹⁹ Article 143 du Code civil : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

¹⁰²⁰ Les auteurs du projet de loi insistent sur la nécessité du droit à prendre en compte l'existence des familles dites « homoparentales », dont l'invisibilisation repose sur le modèle de la parentalité hétérosexuelle, qui reste certes aujourd'hui majoritaire. Voir par exemple l'étude d'impact du projet de loi élaborée en novembre 2012, URL : http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344-ci.asp#P47_3542, consulté le 29/09/15 : « Le droit français, et notamment le PACS, n'ouvre aucun mode d'accès à la parenté pour les couples homosexuels, il n'en demeure pas moins que de nombreux enfants grandissent élevés par deux parents de même sexe. Selon une étude de l'INED de 25 000 à 40 000 enfants seraient élevés actuellement en France par des couples du même sexe. Cette évaluation est cependant contestée par les associations de familles homoparentales qui évaluent à 300 000 le nombre de familles concernées ».

329. Cette interchangeabilité des rôles sociaux a également conduit, en second lieu, à l'indifférenciation quant au sexe, certes partielle, des règles concernant l'AMP¹⁰²¹. La fonction biologique de reproduction étant défaillante chez ces couples, leur parentalité n'est pas en principe définie au regard de leurs fonctions reproductives différenciées chez l'homme et la femme¹⁰²², mais par référence à un « projet parental » commun, selon les termes employés par le législateur. Ainsi, « les règles de droit relatives à l'AMP et au don de gamètes – du moins celles qui ont trait à son régime juridique caractérisé par l'anonymat, la gratuité et le consentement – sont indifférentes dans l'ensemble à la différence de sexes des membres du couple. En ce sens, on peut les qualifier de *genderblind* »¹⁰²³. L'indifférenciation au regard du sexe de l'article 2141-2 du Code de la santé publique relatif au consentement des membres du couple est significative de cette égalité formelle au sein du couple. L'application de cette « stricte égalité » conduit à refuser toute insémination ou transfert d'embryons dès lors qu'un des membres du couple, peu importe son sexe et son « investissement corporel », retire son consentement du projet parental¹⁰²⁴.

330. L'évolution du droit de la famille illustre par conséquent de manière significative la construction de l'égalité des sexes comme égalité formelle, comme indifférenciation des traitements juridiques au regard du sexe, le législateur étant allé jusqu'à l'effacement de presque toute référence au sexe dans les énoncés juridiques. Un tel processus d'égalisation *dans la loi* est également notable s'agissant de l'égalisation des droits économiques et sociaux.

II. La bilatéralisation des droits économiques et sociaux dans les lois relatives à l'éducation et à l'emploi

331. Dans une perspective égalitariste, le législateur s'est employé tout au long du XX^e siècle à aligner le statut des femmes à celui des hommes en matière d'accès à l'éducation et à l'emploi. Cette bilatéralisation des droits s'est manifestée, dans une certaine mesure, par l'indifférenciation quant au sexe des énoncés législatifs relatifs à l'éducation et à l'emploi, sans toutefois mettre totalement fin à la ségrégation genrée dans ces domaines (A). Ce mouvement a conduit par là même à la suppression des dispositifs de protection des femmes en droit du travail (B).

¹⁰²¹ Le terme d'AMP désigne plusieurs techniques, dont « la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel » (article L. 2141-1 du Code de la santé publique).

¹⁰²² Il convient dès à présent de nuancer cette affirmation, en ce que l'article 2141-2 du Code de la santé publique dispose que le couple ayant recours à l'AMP est composé d'un homme et d'une femme, différenciation qui exclut les couples de personnes de même sexe de cette technique de procréation (cf. partie II, titre II, chapitre II).

¹⁰²³ DUMORTIER Thomas, « Le droit de l'assistance médicale à la procréation à l'épreuve du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français, op. cit.*, p. 128.

¹⁰²⁴ DUMORTIER Thomas, « Le droit de l'assistance médicale à la procréation à l'épreuve du genre », *op. cit.*, p. 133.

A. L'ouverture des mêmes droits aux femmes et aux hommes en matière d'accès au travail et à l'éducation

332. Si en droit de la famille le processus d'indifférenciation des lois quant au sexe a été mené de façon systématique, le rôle du législateur a été de moindre importance en matière d'éducation et d'emploi, où le processus d'indifférenciation a pris la forme de l'instauration de la mixité dans l'enseignement primaire et secondaire (1) et de l'ouverture aux femmes des métiers traditionnellement occupés par des hommes, et inversement (2).

1) De l'accès des femmes à l'éducation à la mixité dans l'enseignement primaire et secondaire

333. L'accès des femmes à l'éducation reste gouverné au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle par une logique de différenciation, qui laisse place, après la Seconde Guerre mondiale, à un impératif de mixité. Celui-ci demeure pourtant longtemps appréhendé hors d'une application de l'égalité des sexes.

334. **Une égalité dans l'accès à l'éducation, mais un enseignement différencié.** Si le législateur du XIX^e siècle permet la scolarisation des filles comme celle des garçons¹⁰²⁵, il ne procède pas, dans un premier temps, à une indifférenciation des énoncés législatifs au regard du sexe des élèves¹⁰²⁶. En ce sens, le droit à l'éducation des filles est d'abord construit en référence à la différenciation entre les sexes qui se manifeste, d'une part, par la non-mixité des écoles et, d'autre part, par un enseignement différencié. En premier lieu, la mixité dans les écoles est certes déjà prévue par le législateur de la III^e République¹⁰²⁷, mais elle demeure une exception au regard de l'obligation de créer des écoles spécifiques selon le sexe¹⁰²⁸.

335. Concernant, en second lieu, l'enseignement différencié, la loi Camille Sée de 1880 prévoit un enseignement secondaire spécifique aux jeunes filles, mais qui ne confère aucun diplôme

¹⁰²⁵ Le principe de l'enseignement primaire obligatoire s'applique de façon indifférenciée aux deux sexes, comme l'énonce la loi Ferry de 1882 : « L'instruction primaire est obligatoire pour les enfants des deux sexes âgés de six ans révolus à treize ans révolus » (article 4 de la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, *JORF* du 29 mars 1882, p. 1598).

¹⁰²⁶ Sur l'écart entre scolarisation des filles et égalité scolaire, voir SCHWEITZER Sylvie, *Les femmes ont toujours travaillé. Une histoire du travail des femmes aux XIX^e et XX^e siècles*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2002, p. 53.

¹⁰²⁷ La loi du 30 octobre 1886 énonce l'obligation d'ouvrir une école primaire de filles dans les communes de plus de cinq cents habitants, « à moins d'être autorisée par le conseil départemental à remplacer cette école spéciale par une école mixte » (loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire, *JORF* du 31 octobre 1886, p. 4917).

¹⁰²⁸ La loi Duruy de 1867 organise l'ouverture d'une école spécifique pour les filles dans chaque commune de plus de cinq cents habitants (loi du 10 avril 1867, *Archives nationales*, A 1336). La loi du 16 juin 1881 étend cette obligation aux communes de plus de quatre cents habitants (*JORF* du 17 juin 1881, p. 3314) ; une autre loi de 1881 prévoit également la création d'établissements destinés à l'enseignement spécifique des jeunes filles (loi du 21 décembre 1880 sur l'enseignement secondaire des jeunes filles, *JORF* du 22 décembre 1880, p. 12645).

permettant l'entrée dans l'enseignement supérieur¹⁰²⁹. Une égalisation de l'enseignement secondaire est néanmoins présente dans le décret Bérard de 1924 ; le ministre affirme tendre à « faciliter aux jeunes filles qui le désirent un enseignement secondaire identique à l'enseignement secondaire masculin »¹⁰³⁰. Toutefois, le ministre n'entend pas remettre en cause le principe de l'enseignement différencié entre filles et garçons, mais simplement instituer un enseignement facultatif, dans les collèges et lycées de filles, qui permet l'obtention du baccalauréat et qui dont le contenu est le même que pour les garçons¹⁰³¹. Cette ouverture demeure cependant facultative et ne conduit dès lors pas à l'indifférenciation des normes relatives à l'enseignement au regard du sexe.

336. **La mixité scolaire difficilement conçue comme expression de l'égalité des sexes.**

Le processus d'indifférenciation se manifeste à travers l'extension de la mixité scolaire à partir des années 1960. Elle est en premier lieu mise en place dans la pratique¹⁰³², puis affirmée comme principe dans la législation. Le ministre de l'Éducation intervient d'abord en instaurant la mixité dès 1957¹⁰³³, puis en 1959 et 1965 dans les établissements d'enseignement élémentaire¹⁰³⁴, ainsi que dans les collèges d'enseignement secondaire en 1963¹⁰³⁵. Les dispositions réglementaires relatives à l'enseignement et à l'organisation des écoles et établissements deviennent neutres à l'égard du sexe des élèves. Le législateur instaure ensuite la mixité scolaire dans la loi Haby du 11 juillet 1975, dans tous les établissements, primaires et secondaires.

337. Cependant, malgré un souci d'égalité des chances évident dans les débats parlementaires, notamment pour remédier aux inégalités de classes ou entre enfants du milieu urbain et enfants

¹⁰²⁹ Loi du 21 décembre 1880 sur l'enseignement secondaire des jeunes filles, *JORF* du 22 décembre 1880, p. 12645.

¹⁰³⁰ Rapport du ministre de l'instruction publique et des beaux-arts Léon Bérard, *JORF* du 29 mars 1924, p. 2977.

¹⁰³¹ Décret du 25 mars 1924, *JORF* du 29 mars 1924, p. 2976 : article 3 : « À côté de l'enseignement sanctionné par ce diplôme, il est institué, dans les lycées et collèges, un enseignement facultatif dont la sanction est le baccalauréat » et article 4 : « Les programmes de l'enseignement des garçons sont intégralement appliqués dans l'enseignement facultatif prévu à l'article 3 ». Les filles peuvent recevoir le même enseignement secondaire que celui des garçons et obtenir le baccalauréat dans les mêmes conditions que les ceux-ci, bien que certaines aient déjà pu, non sans difficulté, obtenir le diplôme au XIXe siècle, à l'instar de Julie-Victoire Daubié en 1861 (SCHWEITZER Sylvie, *Les femmes ont toujours travaillé. Une histoire du travail des femmes aux XIXe et XXe siècles*, op. cit., p. 28).

¹⁰³² BARD Christine, *Les femmes dans la société française au XXe*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 238 : « Jusqu'au début des années 1960, le système scolaire obéit en principe à la règle de la séparation des sexes, mais les établissements secondaires mixtes sont de plus en plus nombreux aux côtés des établissements féminins et masculins, et les classes mixtes du primaire se multiplient, surtout dans le public ».

¹⁰³³ La mixité est justifiée davantage par la pénurie de locaux et d'enseignants, que par les droits des femmes : « Cette crise de croissance de notre enseignement de second degré, qu'aggravent dès la rentrée prochaine les effets de la forte natalité d'après-guerre, nous projette dans une expérience que nous ne conduisons pas au nom de principes, d'ailleurs passionnément discutés, mais pour servir les familles au lieu le plus proche de leur domicile ou dans les meilleures conditions pédagogiques » (circulaire aux recteurs du 3 juillet 1957, BOEN n° 28 du 11 juillet 1959, citée par le rapport n° 2013-041 de l'Inspection générale de l'éducation nationale, *L'égalité entre les filles et les garçons dans écoles et les établissements*, mai 2013, p. 10).

¹⁰³⁴ Décret du 6 janvier 1959 portant réforme de l'enseignement public, *JORF* du 7 janvier 1959, p. 427 : article 1^{er} : « L'enseignement obligatoire public assure à tous les enfants des conditions égales devant l'instruction » et article 3 : « Le cycle élémentaire est le même pour tous, il assure l'acquisition des connaissances et des mécanismes de base ».

¹⁰³⁵ Décret du 3 août 1963 relatif à l'organisation pédagogique des collèges d'enseignement secondaire, *JORF* du 4 août 1963, p. 7265.

du milieu rural¹⁰³⁶, les législateurs ne font pas explicitement le lien entre « la mixité » et l'égalité des sexes : cette préoccupation n'apparaît ni dans les débats ni dans les termes de la loi. La mixité est en effet déjà acquise en pratique et il n'apparaît donc pas nécessaire pour le législateur de prôner un principe de mixité entre les sexes. Celle-ci se manifeste dès lors à travers l'indifférenciation totale du texte de la loi au regard du sexe des « élèves », terme neutre à cet égard. La référence à la « mixité » apparaît néanmoins avec les décrets d'application de la loi de 1975 : « Les classes maternelles et primaires sont mixtes »¹⁰³⁷ ; les collèges « sont ouverts indifféremment aux élèves des deux sexes »¹⁰³⁸ ; « tout enseignement et toute spécialité professionnelle d'un lycée, sous réserve des dispositions du Code du travail, sont accessibles aux élèves des deux sexes »¹⁰³⁹. Le lien entre la mixité et l'objectif d'égalité entre hommes et femmes dans l'enseignement n'apparaît que lorsque la mixité est tout à fait consolidée, dans les lois de 1989¹⁰⁴⁰ et de 2005¹⁰⁴¹, soit lorsque l'égalité des sexes devient un objectif des politiques publiques¹⁰⁴². Ce n'est qu'à partir de ce moment que la mixité – c'est-à-dire une totale indifférenciation du droit à l'égard du sexe des élèves, non seulement dans l'accès à l'enseignement dans les programmes, mais aussi au sein des établissements – est entendue comme une application du principe d'égalité au sein des textes relatifs au droit à l'éducation¹⁰⁴³. La remise en cause de la ségrégation genrée en matière d'emploi relève de cette même logique progressive d'égalité par l'indifférenciation.

2) La remise en cause limitée de la ségrégation genrée en matière de formation professionnelle et d'emploi au sein des textes juridiques

338. Il convient d'étudier brièvement le contexte social inégalitaire pour comprendre ensuite la logique du processus d'indifférenciation opéré au sein du droit en matière de formation professionnelle et d'emploi, bien que l'intervention du législateur demeure ici limitée.

¹⁰³⁶ Voir par exemple la séance du 19 juin 1975 à l'Assemblée nationale, p. 4419 : « La Commission a également tenu d'insister, dans la nouvelle rédaction qu'elle propose, sur la nécessité de favoriser l'égalité des chances ».

¹⁰³⁷ Article 10 du décret du 28 décembre 1976 relatif à l'organisation de la formation dans les écoles maternelles et élémentaires, *JORF* du 4 janvier 1977, p. 93.

¹⁰³⁸ Article 1^{er} du décret du 28 décembre 1976 relatif à l'organisation de la formation et de l'orientation dans les collèges, *JORF officiel* du 4 janvier 1977, p. 95.

¹⁰³⁹ Article 9 du décret du 28 décembre 1976 relatif à l'organisation des formations dans les lycées, *JORF* du 4 janvier 1977, p. 98.

¹⁰⁴⁰ Article 1^{er} de la loi d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989, *JORF* du 14 juillet 1989, p. 8860 : « Les écoles, les collèges, les lycées et les établissements d'enseignement supérieur [...] contribuent à favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes ».

¹⁰⁴¹ Article 5 de la loi du 23 avril 2005 d'orientation et de programmation pour l'avenir de l'école, *JORF* du 24 avril 2005, qui ajoute à l'article L. 121-1 du Code de l'éducation le terme « mixité » à côté de l'objectif d'égalité entre hommes et femmes.

¹⁰⁴² DAUPHIN Sandrine, « L'élaboration des politiques d'égalité ou les incertitudes du féminisme d'état : une comparaison France / Canada », *Cahiers du genre*, 2006/3, p. 100 : « Dans les années quatre-vingt, l'égalité des droits est pour l'essentiel acquise [...]. En France, après les élections présidentielles de 1981, un ministère des Droits de la femme est créé [...] [pour] promouvoir les mesures destinées à faire respecter les droits des femmes dans la société, à faire disparaître toutes discriminations à leur égard et à accroître les garanties d'égalité dans les domaines politique, économique, social et culturel ».

¹⁰⁴³ BUGNON Caroline, « L'accès des femmes à l'éducation », in ICARD Philippe, *Les femmes dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 6 : « La mixité réalisée à l'école est perçue comme "l'expression la plus achevée du rejet de toute discrimination" en faisant des élèves des apprenants asexués ».

339. **Un accès au travail inégalitaire par la ségrégation genrée des emplois.** Dès le XIX^e siècle, les femmes accèdent à l'emploi¹⁰⁴⁴ notamment dans le secteur industriel et agricole et sont de plus nombreuses à travailler dans le tertiaire à partir du début du XX^e siècle¹⁰⁴⁵. Cette brèche ouverte dans la distinction entre sphère privée et sphère publique par l'accès des femmes au travail en dehors du foyer ne signifie pas pour autant un exercice indifférencié du travail entre hommes et femmes. Elle conduit au contraire à une ségrégation des métiers en fonction du genre. Ainsi à la fin du XIX^e siècle, cinq professions parmi lesquelles « l'agriculture, le travail des étoffes et le vêtement, le service domestique, le commerce, enfin l'industrie textile », regroupent 90 % des femmes¹⁰⁴⁶. La construction de métiers féminins se poursuit au XX^e siècle, avec un accès majoritaire des femmes aux emplois de bureau en tant que secrétaires, dans l'enseignement comme institutrices, ou encore dans les métiers de l'hygiène et du soin comme infirmières ou assistantes sociales¹⁰⁴⁷. Le droit participe à la construction d'une telle ségrégation, avec par exemple la création en 1931 d'une « école de métiers féminins »¹⁰⁴⁸ et, de manière plus générale, par l'établissement d'un enseignement supérieur et d'une formation professionnelle distincte selon le sexe¹⁰⁴⁹.

340. Or, cette séparation n'est pas seulement constitutive d'une simple différenciation entre femmes et hommes dans l'emploi. Elle conduit aussi à des inégalités en défaveur des femmes en renforçant les rôles de genre inégalitaires. Non seulement ces métiers sont dits « féminins » car ils requièrent des compétences conçues comme relevant des qualités féminines, telles que l'éducation des enfants ou l'assistance aux plus faibles¹⁰⁵⁰. Mais en outre ce sont le plus souvent des emplois de « subordonnées »¹⁰⁵¹ moins valorisés donc moins bien rémunérés, désertés par les hommes qui s'orientent vers des emplois plus actifs et plus lucratifs¹⁰⁵². La ségrégation « horizontale » entre hommes et femmes dans l'accès à l'emploi, engendrée par la création de

¹⁰⁴⁴ Il s'agit d'étudier ici l'accès des femmes à un métier en dehors du foyer, qui doit être distingué du travail domestique exercé traditionnellement par les femmes, et qui demeure invisible sur la scène publique. Voir sur ce point BARD Christine, *Les femmes dans la société française au XX^e, op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁴⁵ SCHWEITZER Sylvie, *Les femmes ont toujours travaillé. Une histoire du travail des femmes aux XIX^e et XX^e siècles*, op. cit., p. 94 et s.

¹⁰⁴⁶ BATTAGLIOLA Françoise, *Histoire du travail des femmes*, Paris, La Découverte, 2000, p. 25.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. 64 et s.

¹⁰⁴⁸ Décret du 4 mars 1931 déclarant d'utilité publique l'aménagement par la chambre de commerce de Paris une école de métiers féminins, *JORF* du 7 mars 1931, p. 2731.

¹⁰⁴⁹ Par exemple, la loi du 26 juillet 1881 a pour objet la création par l'État d'une école normale destinée à préparer des professeurs femmes pour les écoles secondaires de jeunes filles, *JORF* du 27 juillet 1881, p. 4120.

¹⁰⁵⁰ BATTAGLIOLA Françoise, *Histoire du travail des femmes*, op. cit., p. 72.

¹⁰⁵¹ BONNEFOY André, *Place aux femmes. Les carrières administratives et libérales*, Paris, Fayard, 1912-1920, p. 105, à propos de l'emploi de bibliothécaire : « L'homme n'y est pas à sa place : c'est une science qui est la servante des autres sciences. Ce rôle subordonné convient mal à la fierté naturelle de l'homme. La femme ne se sentirait jamais humiliée de servir, de jouer à la bibliothèque le rôle qu'elle joue dans son ménage ».

¹⁰⁵² LAGRAVE Rose-Marie, « Une émancipation sous tutelle. Éducation et travail des femmes au XX^e siècle », in DUBY Georges, PERROT Michelle, THÉBAUD Françoise, *Histoire des femmes en occident. Le XX^e siècle*, Paris, Plon, 1992, p. 438.

« métiers féminins »¹⁰⁵³ s'accompagne dès lors d'une ségrégation « verticale », qui se manifeste en pratique par une moindre rémunération des travailleurs féminins¹⁰⁵⁴. Le processus égalitaire a donc consisté à se départir d'une répartition genrée des emplois en modifiant la substance même des textes juridiques inégalitaires.

341. L'ouverture aux femmes des métiers masculins et des hommes aux métiers féminins. Au cours du XX^e siècle, le législateur intervient afin de permettre aux femmes d'accéder aux métiers réservés aux hommes. Certes, le législateur privilégie plutôt d'abord une logique d'égalité par la différenciation, l'exclusion implicite des femmes rendant nécessaire la reconnaissance explicite de leur droit à exercer ces métiers, à l'instar de l'ouverture des droits politiques. C'est par exemple le cas des professions libérales, telles que celle d'avocat ouverte explicitement aux femmes par la loi du 1^{er} décembre 1900¹⁰⁵⁵ ou encore des hautes fonctions publiques¹⁰⁵⁶ comme la magistrature, devenue accessible aux femmes par la loi du 11 avril 1946¹⁰⁵⁷. En revanche, le législateur opère une indifférenciation des textes relatifs à l'exercice de professions « féminines » conduisant à l'ouverture de ces professions aux hommes, comme le métier de sage-femme en 1982¹⁰⁵⁸, le législateur se référant alors à la mixité¹⁰⁵⁹ et à l'égalité des sexes¹⁰⁶⁰ comme fondements de la réforme. L'accession des hommes aux métiers de femmes permet ainsi de remettre en partie en cause les rôles de genre conférant traditionnellement aux femmes le soin des enfants, tendant à la « perte des compétences sexuées »¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵³ Aucune école de métiers masculins n'a été créée, ce qui laisse supposer que le domaine de l'emploi est ouvert en principe aux hommes, et que par exception, des métiers sont ouverts spécifiquement aux femmes.

¹⁰⁵⁴ OCDE, *Inégalités hommes-femmes : Il est temps d'agir*, OECD Publishing, Paris, 2012. La « ségrégation horizontale » renvoie à la division des catégories socioprofessionnelles selon le sexe (femmes infirmières et hommes ingénieurs par exemple), tandis que la « ségrégation verticale » évoque la limitation de la progression de carrière pour un groupe en fonction du sexe.

¹⁰⁵⁵ Loi du 1^{er} décembre 1900 ayant pour objet de permettre aux femmes munies des diplômes de licencié en droit de prêter le serment d'avocat et d'exercer cette profession, *JORF* du 4 décembre 1900, p. 8021. Cette question avait déjà fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris, par Mme Chauvin, dont la demande d'inscription au Barreau de Paris avait été rejetée par les juges (CA Paris, 30 novembre 1897, *Demoiselle Chauvin*, *Dalloz périodique*, 1898, n° 2, p. 185).

¹⁰⁵⁶ Une telle ouverture ne résulte pas, la plupart du temps, de l'action du législateur, mais de nominations spontanées de la part de l'administration. Voir BARD Christine, *Les femmes dans la société française au XX^e, op. cit.*, p. 220 : « En 1972 est nommée la première femme *ambassadeur* : Marcelle Campana. En 1974, Florence Hugodot est la première *sous-préfet* ; en 1981, Yvette Chassagne la première *préfet*. En 1980, Michèle Legras est la première *directeur de cabinet* d'un grand ministère, l'Éducation nationale. En 1982, Hélène Ahrweiler devient *recteur* de l'Université de Paris. Simone Rozès est en 1984 la première *Premier Président* de la Cour de cassation ».

¹⁰⁵⁷ Loi du 11 avril 1946 ayant pour objet de permettre aux femmes d'accéder à la magistrature, *JORF* du 12 avril 1946, p. 3062.

¹⁰⁵⁸ Loi du 19 mai 1982 relative à l'exercice de la profession de sage-femme, *JORF* du 20 mai 1982, p. 1518 : « Les termes désignant les personnes candidates à la profession de sage-femme s'appliquent aux candidats des deux sexes ».

¹⁰⁵⁹ Voir l'intervention de la rapporteure du projet de loi, lors de la séance du 12 mai 1982 à l'Assemblée nationale, p. 2048 : « Cette égalité, cette mixité, nous les inscrivons volontiers dans la loi. Remarquons que bien des femmes ont dû se battre pour exercer des métiers et des fonctions d'hommes. Des hommes pourront aujourd'hui, sans avoir à se battre, exercer un métier de femmes et c'est très bien ».

¹⁰⁶⁰ Voir l'intervention de la députée Jacqueline Fraysse-Cazalis, lors de la séance du 12 mai 1982, p. 2055 : « En prévoyant l'accès des hommes à la profession, vous mettez fin à une discrimination portant atteinte au principe fondamental de l'égalité des hommes et des femmes devant le choix d'un métier ».

¹⁰⁶¹ JACQUES Béatrice, PURGUES Sonia, « L'entrée des hommes dans le métier de sage-femme. Faire sa place dans un monde professionnel "ultraféminisé" », *Revue française des affaires sociales*, 2012/2, p. 52-71.

342. Le processus d'indifférenciation s'opère surtout au niveau de l'enseignement supérieur et de la formation professionnelle, notamment par l'introduction de la mixité dans les grandes écoles. Le processus d'égalisation est dans ce cas opéré par l'indifférenciation des épreuves d'entrée au regard du sexe, fût-elle prévue par des textes réglementaires et non par le législateur. Si certaines écoles ingénieures sont ouvertes aux femmes dès le début du XX^e siècle¹⁰⁶², la mixité dans les grandes écoles est instaurée surtout dans la seconde moitié du XX^e siècle. À titre d'exemple, les personnes des deux sexes sont admissibles à l'École polytechnique aux termes de la loi du 4 juillet 1970¹⁰⁶³ et d'un arrêté de 1972¹⁰⁶⁴ ; la mixité est ensuite introduite en 1994 au sein de l'École polytechnique pour les filles créée en 1925¹⁰⁶⁵. Ces deux illustrations montrent que l'égalisation est bien entendue comme une indifférenciation totale et non comme un simple droit d'accès pour les femmes, respecté par l'ouverture d'une école spécifique. Cette mixité dans l'enseignement supérieur et en particulier dans les grandes écoles, où la reproduction des élites de pouvoirs masculins est particulièrement significative¹⁰⁶⁶, permet ainsi aux femmes d'accéder à des postes de pouvoirs, de responsabilités, qui étaient auparavant réservés aux hommes.

343. Si le rôle du législateur demeure somme toute assez restreint dans l'indifférenciation des dispositions conduisant à remettre en cause la ségrégation sexuée en matière d'emploi et de formation, il est plus visible s'agissant de la suppression des dispositions protectrices des femmes sur le fondement de l'égalité.

B. La suppression des lois protectrices sous l'influence du droit communautaire comme manifestation de l'égalité

344. Par contraste, la suppression des dispositifs protecteurs des femmes en droit social souligne à quel point l'égalité des sexes est interprétée par le législateur comme conduisant à l'indifférenciation des énoncés juridiques au regard du sexe. Ainsi, les lois sociales protectrices des femmes – fondées sur le stéréotype selon lequel les femmes sont dans des situations différentes des hommes, notamment du fait de leur faiblesse physique ou de leur rôle dans le

¹⁰⁶² STEVANOVIC Biljana, MOSCONI Nicole, « L'École Polytechnique Féminine : une mixité paradoxale », *Revue française de pédagogie*, n° 150, janvier, février, mars 2005, p. 20 : « Les écoles d'ingénieurs n'ont commencé à s'ouvrir aux filles qu'au début du XX^e siècle, suite à la Première Guerre mondiale qui a provoqué une grande pénurie de jeunes hommes (l'École centrale de Paris en 1917, l'Institut national d'agronomie en 1919, l'École supérieure d'électricité en 1919, l'École supérieure d'aéronautique en 1924...) ».

¹⁰⁶³ Article 8 de la loi du 15 juillet 1970 relative à l'école polytechnique, *JORF* du 16 juillet 1970, p. 6603.

¹⁰⁶⁴ Arrêté du 27 janvier 1972, *JORF* du 13 février 1972, p. 1659 : « Les candidats des deux sexes peuvent s'inscrire et prendre part au concours organisé chaque année pour l'admission à l'école polytechnique en qualité d'élèves français ».

¹⁰⁶⁵ STEVANOVIC Biljana, MOSCONI Nicole, « L'École Polytechnique Féminine : une mixité paradoxale », *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁶⁶ BOURDIEU Pierre, *La noblesse d'État : grandes écoles et esprit de corps*, 1989, p. 263 : « L'espace des grandes écoles, ainsi considéré, apparaît comme un réseau complexe de structures objectives dont la nécessité structurante s'impose aux stratégies à travers lesquelles s'accomplissent continûment la production et la reproduction sociales d'une certaine structure de la domination ».

foyer – ont été progressivement rendues neutres à l'égard du sexe. Le législateur a procédé soit à l'extension aux hommes cette protection, soit à sa suppression pour les deux sexes. Cette évolution a été directement influencée par l'interprétation formelle de l'égalité retenue par le droit communautaire, conduisant à supprimer au sein des lois les différences de traitements fondées sur le sexe, même lorsque celles-ci ont pour but de conférer des avantages aux femmes¹⁰⁶⁷.

345. Certains dispositifs protecteurs des femmes ont ainsi été remis en cause par le législateur en 1987, tels que la limitation du temps de travail à dix heures par jour pour les femmes dans les établissements industriels et commerciaux¹⁰⁶⁸ ou encore l'interdiction pour les femmes de travailler les jours fériés dans certains établissements¹⁰⁶⁹. Mais l'exemple de la suppression de l'interdiction du travail de nuit des femmes est particulièrement significatif pour comprendre la propension du législateur à interpréter l'égalité des sexes comme indifférenciation. En effet, la législation française en matière de travail de nuit était inégalitaire jusqu'en 2001, en ce qu'elle interdisait par principe aux femmes, et non aux hommes, de travailler la nuit dans l'industrie¹⁰⁷⁰, bien que cette interdiction ait été assouplie à partir de la fin des années 1970¹⁰⁷¹. Cette différence de traitement était considérée comme légitime car conçue comme une mesure de protection des femmes¹⁰⁷². Elle faisait de surcroît partie des obligations de la France au regard de l'Organisation Internationale du Travail¹⁰⁷³. Or, une telle différence de traitement a été considérée comme une rupture de l'égalité de traitement entre les sexes par la Cour de justice des Communautés européennes, qui a enjoint au législateur français de modifier les dispositions du Code du travail en cause.

¹⁰⁶⁷ AUVERGNON Philippe, «Les logiques du droit social confrontées aux évolutions des rapports de genre», *in* AUVERGNON Philippe, *Genre et droit social*, Bordeaux, 2006, p. 25 : « Pour certains, le dernier tiers du XXe siècle a été le temps de l'égalisation, celui de la disparition progressive dans les textes des normes inégalitaires et de la disparition ou tout du moins de l'atténuation des dispositions particulières pour les femmes à l'exception de la maternité ».

¹⁰⁶⁸ Article 12 de la loi du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail, *JORF* du 20 juin 1987, p. 6649, abrogeant les « dispositions relatives aux femmes » des articles L. 212-9 à L. 212-12 du Code du travail.

¹⁰⁶⁹ Article 18 de la loi du 19 juin 1987 modifiant les articles L. 222-2 et L. 222-3 du Code du travail.

¹⁰⁷⁰ Article 4 de la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles mineures et des femmes dans les établissements industriels du 2 novembre 1892, *JORF* du 3 novembre 1892, p. 5313 : « Les femmes ne peuvent être employées à aucun travail de nuit dans les établissements énumérés à l'article 1^{er}. Tout travail entre neuf heures du soir et cinq heures du matin est considéré comme du travail de nuit ». Le travail peut être prolongé jusqu'à onze heures du soir dans certaines conditions.

¹⁰⁷¹ Article 3 de la loi du 2 janvier 1979 relative à la durée du travail et au travail de nuit des femmes, *JORF* du 3 janvier 1979, p. 5, ajoutant un alinéa 2 à l'article 213-1 du Code du travail : « Les dispositions de l'alinéa précédant ne sont pas applicables aux femmes qui occupent des postes de direction ou de caractère technique et impliquant une responsabilité, non plus qu'aux femmes occupées dans les services et qui n'effectuent pas normalement un travail manuel ». Voir également l'article 14 de la loi du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail, *JORF* du 20 juin 1987, p. 6649 : « Lorsque, en raison de circonstances particulièrement graves, l'intérêt national l'exige, l'interdiction du travail de nuit des femmes mentionnée au premier alinéa peut être suspendue pour les salariées travaillant en équipes successives [...] ».

¹⁰⁷² CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, *Stoeckel*, C-345/89, point 14 : « Les gouvernements français et italien font valoir que l'interdiction du travail de nuit des femmes, assortie d'ailleurs de nombreuses dérogations, répond à des objectifs généraux de protection de la main-d'œuvre féminine et à des considérations particulières d'ordre social tenant, par exemple, aux risques d'agression et à la charge supérieure de travail familial pesant sur les femmes ».

¹⁰⁷³ Convention n° 4 de l'OIT du 28 octobre 1919 interdisant le travail de nuit des femmes dans les établissements industriels, assouplie par la Convention n° 41 du 19 juin 1934, ainsi que par la Convention n° 89 du 9 juillet 1948.

346. **L'interprétation de l'égalité comme indifférenciation en droit communautaire.**

Dans l'affaire *Stoeckel* du 25 juin 1991, la Cour de justice estime que l'interdiction du travail de nuit des femmes, prévue à l'article 123 du Code du travail français, méconnaît le principe de l'égalité de traitement énoncé à l'article 5 de la directive du 9 février 1976¹⁰⁷⁴. L'égalité de traitement y est expressément définie comme impliquant l'indifférenciation des textes de droit nationaux au regard du sexe, selon une « logique systématique d'assimilation du travailleur féminin et masculin »¹⁰⁷⁵. La Cour ne constate aucune différence de situation entre hommes et femmes au regard des risques encourus lors du travail de nuit – sauf en cas de grossesse – et conclut dès lors à une absence de justification de l'inégalité de traitement,¹⁰⁷⁶ et ce même si le principe d'interdiction comprend un certain nombre de dérogations¹⁰⁷⁷.

347. Le législateur français s'est cependant montré, dans un premier temps, peu enclin à supprimer l'inégalité de traitement. Si l'article 5 de la directive a été jugé comme étant d'effet direct – c'est-à-dire, comme pouvant être invoquée directement devant les tribunaux par les individus s'estimant discriminés par l'interdiction du travail de nuit par un employeur – cette faculté n'a pas suffi à rendre le droit français conforme au droit communautaire. De même, la dénonciation en 1993 par la France de la Convention n° 89 de l'OIT, par laquelle elle s'était engagée à interdire le travail de nuit des femmes dans les entreprises industrielles¹⁰⁷⁸, a été jugée insuffisante par la Cour de justice. La France a ainsi de nouveau été condamnée par un arrêt du 13 mars 1997, conduisant le législateur à modifier les dispositions législatives différentialistes afin de les rendre neutres au regard du sexe¹⁰⁷⁹. Peu importe pour le juge communautaire que l'égalité de traitement soit appliquée dans les faits en matière de travail de nuit : seule l'indifférenciation au sein même de la législation est à même de satisfaire l'exigence égalitaire de la directive, quitte à condamner pour ce faire la France pour manquement¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁴ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

¹⁰⁷⁵ MOREAU Marie-Ange, « Travail de nuit des femmes », *Droit social*, 1992, p. 174.

¹⁰⁷⁶ Arrêt *Stoeckel* précité, point 18 : « Le souci de protection qui a inspiré à l'origine l'interdiction de principe du travail de nuit féminin n'apparaît plus fondé, et le maintien de cette interdiction, en raison de risques qui ne sont pas propres aux femmes ou de préoccupations étrangères à l'objet de la directive 76/207, ne peut pas trouver sa justification dans les dispositions de l'article 2, point 3, de cette directive ».

¹⁰⁷⁷ Arrêt *Stoeckel* précité, point 19.

¹⁰⁷⁸ Décret du 15 juillet 1993 portant publication de l'échange de lettres portant dénonciation de la Convention de l'OIT n° 89 (révisée en 1948) concernant le travail de nuit des femmes occupées dans l'industrie, adoptée à San Francisco le 9 juillet 1948, signée les 17 février et 12 mars 1992, *JORF* du 23 juillet 1993, p. 10378.

¹⁰⁷⁹ CJCE, arrêt du 13 mars 1997, *Commission c/ France*, C-197/96 : « L'incompatibilité d'une législation nationale avec les dispositions communautaires, même directement applicables, ne peut être définitivement éliminée qu'au moyen de dispositions internes à caractère contraignant ayant la même valeur juridique que celles qui doivent être modifiées ».

¹⁰⁸⁰ CJCE, arrêt du 8 juin 2000, C-46/99. Ce recours en manquement ne visait pas seulement l'absence de modification des dispositions relatives au travail de nuit, mais, plus largement, le défaut de transposition de la directive 93/104/CE du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

348. **L'intervention égalitariste du législateur français par la levée de l'interdiction.** Le législateur a dès lors procédé à une indifférenciation quant au sexe des dispositions de l'article L. 213-1 du Code du travail. Toutefois, l'égalité de traitement telle qu'interprétée par la Cour de justice dans les arrêts précités ne prévoit pas si son application doit conduire à une suppression de l'interdiction du travail de nuit pour les femmes ou bien à une extension de cette interdiction aux hommes. Où l'on voit de nouveau que le principe d'égalité est à bien des égards un concept « vide »¹⁰⁸¹, dont l'interprétation peut conduire à une garantie substantielle des droits pour les individus reconnus comme semblables, comme à une suppression des droits pour tous. L'égalité de traitement implique uniquement la garantie d'un traitement identique aux femmes et aux hommes, peu importe que celui-ci conduise à une suppression ou bien à une extension de la protection. Cette conception l'égalité – qui ne présume pas du contenu de la loi – peut par conséquent apparaître limitée au regard de la garantie des droits lorsqu'elle conduit à un « nivellement par le bas »¹⁰⁸². En cela, et bien que la Cour de justice affirme aux termes d'une jurisprudence constante que l'égalité de traitement requiert des États membres qu'ils étendent « aux membres de la catégorie défavorisée le même régime dont bénéficient les personnes de l'autre catégorie », il revient *in fine* aux États de choisir les « mesures à prendre pour que le droit national soit mis en conformité avec le droit communautaire »¹⁰⁸³.

349. La question de savoir ce qui constitue une protection ou non est donc complexe et procède d'un jugement de valeur. L'identification de la catégorie défavorisée et de la catégorie désavantagée n'est pas déterminée en soi par le principe d'égalité tel qu'interprété par la Cour de justice, mais dépend du choix axiologique opéré par le législateur lorsqu'il détermine quel droit constitue un avantage. S'agissant du travail de nuit, la question s'est posée de savoir si un tel avantage résultait de la protection contre le travail de nuit, dont l'interdiction pourrait être étendue aux hommes dans une perspective sociale, dans un « souci humanitaire de protection »¹⁰⁸⁴, ou bien au contraire de la liberté de travailler la nuit ou du développement économique, conduisant à supprimer l'interdiction pour les individus des deux sexes dans une perspective plus libérale.

¹⁰⁸¹ WESTERN Peter, « The empty idea of equality », *Harvard Law Review*, Vol. 95, janvier 1982, n° 3, p. 537-596.

¹⁰⁸² BARNARD Catherine, HEPPLER Bob, « Substantive equality », *The Cambridge Law Journal*, Vol. 59/3, 2000, p. 563 : « *A claim to equal treatment can be satisfied by depriving both the persons compared of a particular benefit (levelling down) as well as by conferring the benefit on them both (levelling up)* ».

¹⁰⁸³ CJCE, 16 janvier 2008, *Molinari*, C-128/07 : « Le respect du principe d'égalité ne saurait être assuré que par l'octroi aux personnes de la catégorie défavorisée des mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée ».

¹⁰⁸⁴ Selon les termes employés par la Commission européenne, dans le cadre du programme communautaire à moyen terme 1986-1990, Bulletin des CE 3/86, MOREAU Marie-Ange, « Travail de nuit des femmes », *op. cit.*, p. 174.

350. Dans une logique de compromis entre ces deux perspectives en forte opposition¹⁰⁸⁵ durant les débats parlementaires¹⁰⁸⁶, le législateur français a interprété en 2001 l'égalité de traitement dans un sens à la fois libéral et de protection sociale. Il a en effet levé par voie d'amendement l'interdiction du travail de nuit des femmes, tout en renforçant le caractère exceptionnel du travail de nuit pour les deux sexes¹⁰⁸⁷, aboutissant à une protection des travailleurs de nuit qu'ils soient hommes ou femmes¹⁰⁸⁸. Ainsi, pour la députée Catherine Génisson : « Il nous faut défendre l'égalité des sexes de deux manières : garantir la présence des deux sexes dans les travaux indispensables mais empêcher, pour les deux sexes, le travail de nuit s'il n'est pas nécessaire »¹⁰⁸⁹.

351. Cette logique de compromis souligne bien le caractère polymorphe du principe d'égalité entendu comme identité de traitement, qui peut à la fois justifier la levée de l'interdiction du travail de nuit pour les femmes et une protection de tous les travailleurs contre un usage excessif du travail de nuit. Mais il s'agit surtout de souligner la constance avec laquelle le législateur interprète là encore le principe d'égalité des sexes comme indifférenciation. En effet, l'égalisation des dispositions relatives au travail de nuit, qu'elle soit conçue dans une logique protectrice ou libérale, s'est manifestée à travers l'indifférenciation des énoncés quant au sexe des travailleurs. Cette interprétation de l'égalité, originaire du droit communautaire, a été étendue par le gouvernement aux autres mesures de protection des femmes en droit du travail.

352. **L'extension de la logique égalitaire aux autres mesures de protection des femmes.**

En suivant la même logique que le législateur en matière de travail de nuit, le gouvernement a

¹⁰⁸⁵ Les désaccords, notamment sur la question du travail de nuit, ont conduit au rejet de la proposition de loi au moment d'une troisième lecture au Sénat, lors de la séance du 17 avril 2001. L'issue de la lecture définitive de la proposition de loi par l'Assemblée nationale a néanmoins mené à l'adoption de la loi le 24 avril 2001.

¹⁰⁸⁶ L'amendement n° 46 déposé par le groupe communiste et discuté à l'Assemblée nationale lors de la séance du 28 novembre 2000 visait à interdire par principe le travail de nuit pour les deux sexes, avec des dérogations pour les hôpitaux, la nocivité du travail de nuit pour les deux sexes ne pouvant être justifiée pour des raisons de développement économique. Voir également l'intervention du sénateur Roland Muzeau lors de la séance du 20 décembre 2000, évoquant le problème du « nivellement par le bas » : « Si, au nom de l'égalité, on autorise le travail de nuit des femmes, on supprime, de fait, une discrimination positive – je dis bien “positive” – à leur encontre. À ce compte-là, toute avancée sociale concernant une quelconque catégorie de salariés devrait être interdite au nom de l'égalité avec les autres ».

Au contraire, l'amendement n° 12 déposé par le Gouvernement autorisait par principe le travail de nuit de façon exceptionnelle pour les deux sexes, tout en l'encadrant de garanties. Il était fondé en particulier sur l'argument de la prise en compte par le droit de la « réalité sociale » du travail de nuit. Voir par exemple l'intervention du Président de la Commission : « Depuis que l'arrêt *Stoekel* a été rendu, le 25 juillet 1991, le travail de nuit des femmes s'effectue dans un vide juridique total, ce qui signifie qu'elles ne peuvent se prévaloir d'aucune protection juridique. Tels sont les faits, et ils sont indéniables ».

¹⁰⁸⁷ Article 17 de la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, *JORF* du 10 mai 2001, p. 7321 : « Le recours au travail de nuit doit être exceptionnel ». En tant que régime dérogatoire, il doit permettre la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, il doit être prévu par une convention ou un accord collectif ou par un accord d'entreprise ou d'établissement et il doit être justifié par l'employeur.

¹⁰⁸⁸ L'amendement proposé par le gouvernement visant à supprimer l'interdiction a été adopté, afin de rendre conforme le droit français à l'exigence d'égalité de traitement issue des directives européennes, tout en étant complété par des dispositions protectrices, le travail de nuit étant jugé nocif pour la santé des travailleurs des deux sexes – de par la fatigue et le stress qu'il engendre – et néfaste pour leur vie familiale et professionnelle (voir l'intervention de la sénatrice Gisèle Printz, séance du 3 octobre 2000).

¹⁰⁸⁹ Débats parlementaires, troisième séance du 28 novembre 2000.

supprimé sur le fondement égalitaire les dispositifs de protection des femmes, par voie de décret dans le domaine réglementaire mais aussi par voie d'ordonnance dans le domaine législatif. Lors de ces deux réformes, entrées en vigueur le 1^{er} mai 2008, l'intervention du gouvernement s'est caractérisée par une égalisation « par le bas » à travers la suppression des dispositions de protection des femmes relatives au port de charges ou à l'usage de produits chimiques et non par l'extension de ces dispositifs de protection aux hommes¹⁰⁹⁰. Le gouvernement a ainsi procédé à une indifférenciation de ces dispositions à l'égard du sexe des travailleurs, tout en préservant ces mesures de protection à l'égard des femmes enceintes, ce qui conduit à maintenir tout de même une différence de genre¹⁰⁹¹.

353. Le gouvernement est en outre intervenu dans le domaine législatif, se substituant au législateur pour procéder à la réalisation de l'égalité des sexes au sein de certaines dispositions législatives du Code du travail, qui maintenaient encore explicitement une différence de traitement entre les sexes. Par l'ordonnance du 12 mars 2007, il a ainsi abrogé l'article L. 711-3 du Code du travail prohibant l'emploi du personnel féminin dans les travaux souterrains des mines¹⁰⁹². Cette mesure a conduit à la dénonciation le 2 mai 2008 de la Convention n° 45 de l'OIT interdisant le travail des femmes dans les souterrains¹⁰⁹³, décidée notamment à la suite d'un arrêt de la Cour de justice jugeant que cette Convention ratifiée par l'Autriche était contraire à l'égalité de traitement prévu par la directive 76/206¹⁰⁹⁴. Le gouvernement a là encore fait le choix de l'ouverture du travail souterrain aux deux sexes, plutôt que de l'extension de la protection aux hommes, pour des raisons économiques¹⁰⁹⁵.

354. L'étude de ces divers exemples montre donc que l'égalité des sexes a été construite systématiquement par le législateur comme une exigence d'indifférenciation des énoncés législatifs au regard du sexe. Cette conception prédominante de l'égalité a conduit à l'effacement

¹⁰⁹⁰ Le gouvernement a abrogé en 2008, par voie de décret, les dispositions réglementaires du Code du travail limitant ou interdisant l'emploi des femmes dans certaines circonstances (article 9 du décret 2008-244 du 7 mars 2008 relatif au Code du travail (partie réglementaire), *JORF* du 12 mars 2008). En ce sens, le gouvernement a supprimé la prohibition de l'emploi des femmes aux étalages après 22 heures ou lorsque la température est inférieure à 0 degré après avis du médecin du travail (ancien article R. 234-4 du Code du travail), de même que la limitation du port de charges pour les femmes dans de nombreux établissements (ancien article R. 234-6 du Code du travail). De plus, la section intitulée « travaux interdits aux femmes » a été abrogée, soit l'interdiction de l'emploi des femmes à des travaux dangereux car nécessitant la manipulation de substances chimiques (anciens articles R. 234-9 et 234-10 du Code du travail).

¹⁰⁹¹ Cf. partie II, titre II, chapitre II.

¹⁰⁹² Article 12 de l'ordonnance du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative), *JORF* du 13 mars 2007.

¹⁰⁹³ Rapport du Directeur général du Conseil d'administration du Bureau international du travail, 303^e session, Genève, novembre 2008, URL : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_100296.pdf, p. 9

¹⁰⁹⁴ CJCE, 1^{er} février 2005, *Commission c. Autriche*, C-203/03, point 59. Voir en particulier le point 46 : « Il n'est également pas permis d'exclure les femmes d'un emploi au seul motif qu'elles sont en moyenne plus petites et moins fortes que la moyenne des hommes, tant que des hommes ayant des caractéristiques physiques similaires sont admis à cet emploi ».

¹⁰⁹⁵ MICOU Evelyne, *L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels*, *op. cit.*, p. 332 : « L'interdiction d'effectuer des travaux souterrains n'étant pas envisageable dans la mesure où elle conduirait à la disparition de l'exploitation des sous-sols, la seule possibilité qui soit offerte reste la suppression pure et simple de cette interdiction ».

progressif des rôles de genre inégalitaires au sein des textes juridiques, faisant de la neutralité des textes l'instrument privilégié de l'identité de traitement. Il reste que cette conception de l'égalité par l'indifférenciation dans la loi a été considérée comme insuffisante pour éliminer les différences de traitement fondées sur le sexe dans les pratiques de certains acteurs, tels que l'administration ou les employeurs privés. Le droit international et européen, puis le droit français, ont dès lors intégré une logique d'égalité *par la loi* et non plus seulement *dans la loi*, caractérisée par l'exigence de non-discrimination. Celle-ci conduit à *imposer* à certains acteurs l'interdiction de la différence de traitement en raison du sexe, critère de différenciation jugé en principe illégitime dans leurs pratiques. Au regard de l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 – la loi « garantit » l'égalité des sexes –, le rôle de la loi est double : l'égalité est réalisée de façon formelle au sein des lois, mais la loi impose également à l'administration et à certains acteurs privés de ne pas distinguer selon le sexe.

Section II. La non-discrimination en raison du sexe imposée par la loi

355. L'égalité des sexes s'est non seulement manifestée à travers l'indifférenciation des énoncés juridiques au regard du sexe, mais a également conduit à une interdiction de distinguer selon le sexe, imposée cette fois-ci par la loi surtout aux acteurs impliqués dans la réalisation des droits économiques et sociaux, tels que l'administration ou les employeurs privés¹⁰⁹⁶. L'égalité a dès lors été interprétée comme une exigence de non-discrimination, c'est-à-dire comme une interdiction de distinguer par principe selon le sexe afin de garantir une identité de traitement. Les textes de loi ainsi que la jurisprudence se réfèrent, par conséquent, non plus au seul principe d'égalité mais bien à la prohibition de la « discrimination »¹⁰⁹⁷. Ce terme apparaît en droit français pour désigner les différences de traitement opérées sur la base de certains critères qui, comme le sexe, sont considérés comme illégitimes.

356. Ce processus s'inscrit lui-même dans un mouvement plus large de construction d'un « droit de la lutte contre les discriminations » qui apparaît en droit international et européen après la Seconde Guerre mondiale¹⁰⁹⁸, en droit français dès les années 1970¹⁰⁹⁹ et qui se renforce dans les années 2000 en particulier sous l'influence européenne¹¹⁰⁰. Évoquer la construction d'un « droit de la lutte contre les discriminations » renvoie ainsi au phénomène d'extension et de

¹⁰⁹⁶ À l'inverse, en droit de la famille, le principe de non-discrimination est de manière générale beaucoup moins mobilisé et l'égalisation a surtout pris la forme d'une indifférenciation des énoncés juridiques à l'égard du sexe. Il apparaît difficile pour le juge d'appréhender les « incidences civiles des lois réprimant les discriminations » (CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Paris, PUF, réédition, 2017, p. 508). Ainsi, dans un arrêt de 1982, la Cour de cassation n'a pas considéré l'exhérédation des filles comme constitutive d'une discrimination fondée sur le sexe, invoquant pour justifier la différence de traitement la liberté testamentaire (Cass. civ, 19 janvier 1982, *Recueil Dalloz*, 82, p. 589).

¹⁰⁹⁷ Voir par exemple l'article 225-1 du Code pénal, introduit par la loi du 22 juillet 1992 : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison [...] de leur sexe [...] ».

¹⁰⁹⁸ Notamment : article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement du 14 décembre 1960 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 ; article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979. S'agissant plus particulièrement du droit européen des droits de l'homme : article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 et protocole n° 12 à la Convention du 4 novembre 2000 interdisant de manière générale toute forme de discrimination (qui n'a pas été ratifié par la France). Concernant le droit primaire de l'Union européenne, l'article 48 du Traité de Rome du 25 mars 1957 instaure l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité ; mais c'est l'article 6 A du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 qui donne compétence aux institutions européennes pour « prendre des mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle » (article 19 TFUE). Cette compétence a donné lieu à l'adoption d'une série de directives européennes relatives à la lutte contre les discriminations. L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux interdit également la discrimination, en étendant la liste des critères prohibés. En outre, les articles 1 bis et 3 du Traité de Lisbonne du 13 septembre 2007 intègrent dans les valeurs promues par l'Union européenne la non-discrimination.

¹⁰⁹⁹ Hormis les lois de ratifications des différentes conventions énoncées ci-dessus, l'interdiction de la discrimination apparaît dans le droit français avec la loi du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, qui insère dans le Code pénal un article 187-1 relatif à la répression des discriminations raciales (*Journal officiel* du 2 juillet 1972, p. 6803).

¹¹⁰⁰ Les intitulés des lois du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations, et du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, renvoient notamment à cette idée d'émergence d'une politique globale de lutte contre les discriminations.

généralisation de l'exigence de non-discrimination¹¹⁰¹. Cette évolution s'exprime également à travers l'occurrence de l'expression « principe de non-discrimination » dans les textes juridiques¹¹⁰² et dans la jurisprudence, aussi bien européenne¹¹⁰³ que française, à la fois judiciaire¹¹⁰⁴ et administrative¹¹⁰⁵. Les juges renvoient même dans certains arrêts, de façon plus précise, à un « principe de non-discrimination entre les sexes »¹¹⁰⁶.

357. Mais il ne s'agit pas de rechercher, comme le font certains auteurs¹¹⁰⁷, s'il existe ou non un véritable principe de non-discrimination et qui plus est un principe de non-discrimination en raison du sexe, mais bien de tenter de comprendre ce que peut signifier l'émergence dans les discours juridiques de l'utilisation croissante du terme « principe » combiné à celui de « non-discrimination ». En effet, si la notion de « principe » en droit est trop polysémique pour tenter de définir un seul sens de l'expression « principe de non-discrimination », il s'agit en revanche de s'interroger sur la « fonction que la qualification de principe paraît assumer »¹¹⁰⁸ lorsque le législateur et les juges font référence à cette notion. L'utilisation de la notion de « principe » en droit a notamment pu être décrite par une partie de la doctrine à la fois comme l'expression

¹¹⁰¹ CALVÈS Gwénaële, « Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, p. 35.

¹¹⁰² En particulier, le chapitre II du titre III du livre I de la première partie du Code du travail relatif aux relations individuelles de travail, introduit par l'ordonnance du 12 mars 2007 relative au Code du travail, est intitulé : « Principe de non-discrimination ».

¹¹⁰³ La Cour de justice de l'Union européenne fait référence au « principe d'égalité de traitement » comme au « principe de non-discrimination » : « Il s'agit en effet de deux désignations d'un même principe général du droit communautaire, lequel interdit, d'une part, de traiter différemment des situations similaires et d'autre part, de traiter de la même manière des situations différentes, sauf si des raisons objectives justifient un tel traitement » (CJCE, 27 janvier 2005, *Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH*, C-422/02). La Cour européenne des droits de l'homme interprète également l'article 14 de la Convention comme établissant un « principe de non-discrimination » : « La Convention doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui et en particulier de l'importance attachée au principe de non-discrimination » (CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, n° 49/1992/394/472).

¹¹⁰⁴ La Cour de cassation se réfère au « principe de non-discrimination » en renvoyant tant à l'article L. 1132-1 du Code du travail (voir par exemple, Cass. soc., 27 janvier 2015, n° 14-13569) qu'à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (par exemple, Cass, 2^e civ., 15 mars 2012, n° 10-28. 856).

¹¹⁰⁵ Le Conseil d'État se réfère généralement au « principe de non-discrimination » en se fondant sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (voir par exemple : CE, 2 octobre 2006, *Krikorian*, n° 281632) ou sur le droit de l'Union européenne (par exemple : CE, 20 mars 2013, n° 359963).

¹¹⁰⁶ CE, 24 novembre 1982, *Confédération française démocratique du travail et autres*, n° 14775, n° 14776 et n° 14914 : « Le décret attaqué, en ce qu'il tend à réserver un nombre minimum d'emplois d'instituteurs respectivement à chacun des deux sexes et, par conséquent, à faire échec à l'égal accès des uns et des autres à tous les emplois publics est contraire au principe de non-discrimination entre les sexes » ; Cass, 2^e civ., 7 février 1996, n° 93-12239 : « Les juges du fond doivent non seulement tenir compte de l'intérêt de l'enfant, mais également, pour une approche conforme aux exigences du droit positif au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, des intérêts de chacun des parents eu égard à ce que le principe de non-discrimination entre les sexes postule ». La Cour de justice de l'Union européenne utilise l'expression « principe de non-discrimination en raison du sexe » (par exemple, CJUE, 8 septembre 2011, *Sabine Hennigs*, C-297/10 et C-298/10).

¹¹⁰⁷ CLUZEL-MÉTAYER Lucie, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309 : « Mais la prohibition des discriminations peut-elle être considérée comme un principe juridique ? Dans le rapport de la Cour de cassation sur les discriminations, on peut lire qu'elle est tout simplement "conceptuellement incompatible avec ce qui serait un principe général de non-discrimination". De manière moins radicale, certains avancent que si principe il y a, celui-ci est en tout état de cause "vide, dénué de charge normative propre". D'autres encore voient au contraire dans l'exigence de non-discrimination un véritable principe, issu du droit européen ».

¹¹⁰⁸ JEAMMAUD Antoine, « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », in CAUDAL Sylvie, *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 68.

« d'une idéologie, c'est-à-dire un système de valeur à partir duquel un ensemble de comportements et de règles sont possibles »¹¹⁰⁹, ainsi que comme rendant compte d'un « haut degré de généralité » et de « transversalité »¹¹¹⁰ d'une norme. Or, si d'autres caractéristiques décrites par la doctrine peuvent permettre d'identifier les significations du recours à la notion de principe en droit, la dimension axiologique et le caractère général et transversal des principes sont des critères particulièrement propices pour comprendre l'occurrence d'un « principe de non-discrimination » dans le langage juridique.

358. En effet, d'une part, en termes de valeurs, le recours à la notion de « principe de non-discrimination » rend compte de la propension du législateur et des juges à considérer comme « arbitraires » les différences de traitement fondées sur certains critères, tels que celui du sexe¹¹¹¹ : ces jugements de valeur ont conduit à « dévaloriser », à « délégitimer », le recours au critère du sexe dans les pratiques juridiques et sociales. Il est en somme de moins en moins admis de traiter différemment, en particulier en matière de droits, les individus en raison de leurs caractéristiques propres devenues de plus en plus nombreuses, certains auteurs évoquant en ce sens l'émergence d'un « droit à l'indifférence »¹¹¹². En prévoyant par avance les critères de distinction considérés comme illégitimes, selon un jugement de valeur bien défini, le droit antidiscriminatoire dépasse ainsi le caractère indéterminé du principe général d'égalité.

359. D'autre part, le recours à la notion de « principe de non-discrimination » renvoie à la généralisation de l'interdiction des différences de traitement, et ce par quatre aspects : la multiplicité des textes juridiques la prévoyant, l'accroissement du nombre de critères de distinction prohibés¹¹¹³, l'expansion de ses domaines d'application et, de là, des droits protégés¹¹¹⁴

¹¹⁰⁹ MAULIN Éric, « L'invention des principes », in CAUDAL Sylvie, *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 24.

¹¹¹⁰ JEAMMAUD Antoine, « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », *op. cit.*, p. 71-72 : « Le principe normatif vaut pour l'ensemble du système juridique positif, à travers toutes les branches censées constituer celui-ci ».

¹¹¹¹ LOCHAK Danièle, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, novembre 1987, p. 779 : « Certaines distinctions opérées entre les groupes seront toujours considérées comme arbitraires, non pas parce que ces groupes ne peuvent être en pratique distingués les uns des autres, mais parce qu'elles sont frappées d'une illégitimité de principe en fonction d'un jugement de valeur, d'un *a priori* d'ordre éthique ».

¹¹¹² LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, p. 80.

¹¹¹³ L'article 225-1 du Code pénal prévoit actuellement vingt critères de discrimination prohibés. La liste a pratiquement doublé depuis les années 2000, puisque la version du Code pénal en vigueur en 2000 ne comptait que douze critères de discrimination. L'article L. 1132-1 du Code du travail comprend vingt et un critères de discrimination, tandis que la loi du 13 juillet 1983 sur la fonction publique en comporte seize. Sur la question des problèmes de lisibilité du droit engendrés par la multiplication des critères de discrimination, voir MÉDARD-INGHILTERRA Robin, « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne », in GRÜNDLER Tatiana, THOUVENIN Jean-Marc, *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, rapport de recherche, GIP Justice, 2016, p. 177-202.

¹¹¹⁴ En matière de droit du travail et de la fonction publique, l'article 1er de la loi du 9 mai 2001 étend l'exigence de non-discrimination à toutes les relations de travail : le recrutement, l'accès à un stage ou à une période de formation, la rémunération, le reclassement, l'affectation, la qualification, la classification, la promotion professionnelle, le renouvellement de contrat, les sanctions, le licenciement, ainsi que dans l'exercice du droit de grève. L'exigence de non-discrimination a été étendue aux domaines de l'accès au logement locatif par la loi du 6 juillet 1989 modifiée par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002,

et le développement de dispositifs juridiques¹¹¹⁵ et institutionnels¹¹¹⁶ facilitant la visibilité des discriminations.

360. Par conséquent, l'utilisation des expressions « principe de non-discrimination » et « droit de la lutte contre les discriminations » dans le langage juridique rend compte de la systématisation de l'interdiction des différences de traitement et notamment lorsqu'elles sont fondées sur le sexe.

361. À travers le développement et la systématisation de l'interdiction des discriminations, la signification de l'égalité des sexes est ainsi précisée, appréhendée dans une conception active comme « un résultat à atteindre », nécessitant une régulation et un « contrôle de l'exercice du pouvoir »¹¹¹⁷ d'un nombre de plus en plus important d'acteurs. Il ne s'agit plus simplement pour le législateur d'agir, dans une perspective d'indifférenciation, sur ses propres normes, mais également d'agir sur les pratiques d'autres acteurs créateurs de droits, lesquels disposent d'une « certaine marge de liberté pour agir »¹¹¹⁸. Deux types d'acteurs ont été particulièrement concernés par cette interdiction légale de discriminer selon le sexe. D'une part, les employeurs, publics comme privés – c'est-à-dire l'administration, dans ses rapports avec les fonctionnaires, et les employeurs privés, dans leurs rapports avec les salariés. D'autre part, dans une moindre mesure, les fournisseurs d'accès aux biens et aux services, là encore publics et privés. Il s'agit par conséquent d'étudier l'émergence d'une interprétation de l'égalité des sexes comme exigence de non-discrimination dans le domaine de l'emploi (I) et dans l'accès aux biens et aux services (II).

et de l'accès aux soins par la loi du 4 mars 2002. Néanmoins, le champ d'application de la non-discrimination varie selon les critères de discrimination prohibés. Ainsi, la discrimination fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race est prohibée dans un champ plus large comprenant la protection sociale, la santé, les avantages sociaux, l'éducation, l'accès aux biens et services ou la fourniture de biens et services. De même, en matière d'accès aux biens et aux services et de fourniture des biens et services, seul le critère du sexe, en plus de celui de l'ethnie et de la race, est prohibé (article 2 de la loi du 27 mai 2008).

¹¹¹⁵ Par exemple, la notion de discrimination a elle-même été étendue : l'intégration en droit français de la notion de « discrimination indirecte » par la loi du 27 mai 2008 permet désormais de considérer comme discriminatoires des mesures neutres en apparence, mais qui sont susceptibles d'engendrer en pratique, pour l'un des motifs prohibés, des désavantages particuliers pour des personnes par rapport à d'autres personnes. Par ailleurs, sur un plan plus procédural, un aménagement de la charge de la preuve a été instauré depuis la loi du 16 novembre 2001 : devant les juridictions civiles, administratives et prud'homales, la personne qui s'estime victime d'une discrimination en matière d'emploi et d'accès au logement n'a plus à prouver la discrimination « mais simplement produire des éléments matériels susceptibles de faire naître la présomption. C'est alors à l'employeur ou au bailleur qu'il incombe de "prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination" » (CALVÈS Gwénaële, « Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 36).

¹¹¹⁶ Outre la création des multiples acteurs institutionnels spécialisés pour traiter de tel ou tel critère de discrimination, la loi du 30 décembre 2004 a porté création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, remplacée par le Défenseur des droits (loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits).

¹¹¹⁷ PORTA Jérôme, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *Revue de droit du travail*, 2011, p. 290.

¹¹¹⁸ LOCHAK Danièle, « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 780.

I. Le principe de non-discrimination imposé aux employeurs publics et privés

362. L'exigence de non-discrimination en raison du sexe a avant tout été imposée dans le domaine de l'emploi, à la fois en droit de la fonction publique et en en droit du travail. Le droit de la non-discrimination tend aujourd'hui à assimiler l'employeur public et l'employeur privé qui ont en commun de se voir, dans certains cas, imposer cette exigence dans les mêmes termes, notamment par l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 relative à la lutte contre les discriminations. La construction de cette exigence a en ce sens conduit à remettre progressivement en cause le pouvoir de décision, la marge d'appréciation et la liberté de choix de ces deux types d'employeurs dans le recrutement des fonctionnaires et des salariés.

363. Dans les deux cas, le principe général d'égalité (à travers l'article 6 de la Déclaration de 1789 en droit public et à travers notamment la règle « à travail égal, salaire égal » en droit privé), censé ne permettre que des distinctions fondées sur les capacités individuelles, n'a pu éviter la prise en considération du sexe par les employeurs publics et privés. C'est pour cette raison que l'exigence de non-discrimination en raison du sexe s'est vue imposée. Dans le raisonnement du juge administratif comme dans celui du juge judiciaire, le rétablissement d'un traitement identique entre les sexes est d'ailleurs parfois considéré davantage comme une application de la règle générale d'égalité, qui a été bafouée, que comme une application d'un principe de non-discrimination en raison du sexe.

364. Toutefois, malgré ces points communs et une évolution parallèle débutant surtout après la Seconde Guerre mondiale, la construction de l'exigence de non-discrimination n'a pas été semblable s'agissant de l'emploi public et de l'emploi privé. Dans le cadre du droit de la fonction publique, l'égalité des sexes entendue comme non-discrimination a posé en premier lieu la question de l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions publiques (A), tandis qu'en droit du travail, la contrainte antidiscriminatoire a d'abord été imposée en matière de salaire sous la pression du droit communautaire, puis a été étendue à l'embauche et aux relations de travail (B).

A. L'interdiction de la discrimination dans la fonction publique imposée à l'administration

365. L'interdiction de la discrimination en raison du sexe a surtout été imposée à l'administration dans ses relations avec ses agents, bien qu'elle ne s'y réduise pas¹¹¹⁹. En effet, en

¹¹¹⁹ Voir par exemple CE, 27 juin 1986, *Époux Lezzario*, n° 73596, dans lequel les juges considèrent comme discriminatoire le règlement de la Fédération française des sports de glace interdisant aux femmes toutes les compétitions officielles de hockey sur glace, y compris des compétitions uniquement féminines.

dépité de l'importance de l'article 6 de la Déclaration de 1789 dans le droit de la fonction publique¹¹²⁰, cette exigence d'égalité n'a pas empêché celle-ci de distinguer et de choisir ses agents en fonction de leur sexe¹¹²¹. L'exigence d'égalité des sexes et de non-discrimination est venue ainsi, en particulier à partir de 1946, pallier la dimension d'exclusion du principe général d'égalité, en prohibant explicitement par principe la prise en compte du critère du sexe dans l'accès aux emplois publics.

366. Il n'est pas question ici d'examiner comme précédemment l'extension des métiers d'hommes aux femmes ou inversement par l'indifférenciation des énoncés normatifs. Il convient plutôt ici de montrer comment l'exigence de non-discrimination – bien que cette notion n'apparaisse qu'assez tardivement – a été progressivement imposée à l'administration, conduisant celle-ci à ne plus distinguer par principe entre femmes et hommes dans l'accès aux emplois publics ou dans le déroulement de la carrière. La marge de manœuvre de l'administration a peu à peu été réduite concernant l'appréciation des différences de situation pertinentes entre les sexes, à la fois sous la contrainte du législateur (1) et des juges administratif et européen (2).

- 1) L'affirmation progressive de l'exigence de non-discrimination dans la fonction publique par le législateur

367. L'exigence de non-discrimination fondée sur le sexe ne s'est imposée que très progressivement dans le droit de la fonction publique, en raison de la force du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

368. **Une aptitude des femmes à accéder aux emplois publics limitée par le pouvoir discrétionnaire de l'administration.** Le législateur est intervenu progressivement, à partir de 1946, pour imposer à l'administration l'indifférenciation de l'accès aux emplois publics au regard du sexe, avec au départ une retenue certaine quant à la limitation de la marge de manœuvre de l'administration dans le recrutement des fonctionnaires. Cette réticence était déjà perceptible dans la jurisprudence administrative¹¹²² et en particulier dans l'arrêt *Demoiselle Bobard* de 1936. Le

¹¹²⁰ FORT François-Xavier, « De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique », *AJDA*, 2009, p. 1181. Sur cette question, voir de manière générale ZARCA Alexis, *L'égalité dans le droit public français de la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

¹¹²¹ Dans l'arrêt du 26 juillet 1912, *Demoiselle Cuisset* (*Recueil des arrêts du Conseil d'État*, p. 886) le Conseil d'État conforte ce pouvoir discrétionnaire de l'administration, en jugeant légal un décret conditionnant l'accès aux emplois de rédacteurs à l'exercice du service national actif, qui excluait de fait les femmes n'ayant pas le droit d'effectuer un tel service.

¹¹²² Certains arrêts vont dans le sens d'un principe d'accès des femmes aux fonctions publiques, mais limité. Ainsi, le Conseil d'État estime dans les arrêts *Sieur Mabut* du 18 février 1921 et *Strat* du 23 décembre 1931 que les femmes sont en principe admises à tous les emplois publics, dès lors qu'un texte ne les a pas expressément exclues d'un emploi public en particulier. Dès lors, l'incapacité des femmes « ne saurait être présumée » et « doit dériver d'un texte exprès ou d'une cause émanant de la nature de l'emploi », ce qui laisse tout de même une marge de manœuvre importante à l'administration (VERDEAU Simone, *L'accession des femmes aux fonctions publiques*, Thèse pour le doctorat en droit, Toulouse, 1942, p. 112).

Conseil d'État affirme l'aptitude légale des femmes aux emplois publics¹¹²³, mais reconnaît dans le même temps que le gouvernement détient le pouvoir de décider seul des restrictions au recrutement et à l'avancement du personnel féminin, au regard des exigences spéciales de chaque service¹¹²⁴. Dans cette affaire, les requérantes invoquaient le principe de l'égalité d'accès de tous aux emplois publics, pour s'opposer à un décret de 1934 – pris par le Maréchal Pétain alors ministre de la Guerre – réservant aux hommes l'accès aux postes hiérarchiquement supérieurs de l'administration centrale du ministère de la guerre. Malgré les conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie plutôt favorables à la reconnaissance d'un droit d'accès à la fonction publique pour les femmes¹¹²⁵, le Conseil d'État refuse néanmoins d'affirmer un principe d'égal accès des sexes à la fonction publique¹¹²⁶. Ainsi, si d'aucuns ont pu considérer l'arrêt *Demoiselle Bobard* comme une « première étape » à l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions publiques¹¹²⁷, le large pouvoir d'appréciation reconnu alors par les juges à l'administration quant au recrutement et à l'avancement des fonctionnaires, ainsi que l'objectif de « l'intérêt du service »¹¹²⁸, constituent des obstacles importants à l'application de l'égalité des sexes en la matière¹¹²⁹.

369. L'affirmation d'un principe d'égal accès assorti de dérogations. La rupture avec cette conception limitée de l'accès des femmes aux fonctions publiques est opérée par le législateur en 1946. La reconnaissance des droits politiques aux femmes en 1944, ainsi que la proclamation de l'égalité des droits dans le Préambule de la Constitution de 1946, ont conduit le législateur à affirmer dans la même logique égalitaire la règle de l'égal accès aux emplois publics

¹¹²³ BRIMO Albert, « La femme et la fonction publique en France. Contribution à l'étude d'un problème de sociologie administrative », *AJDA*, 1956, p. 36 : « Désormais, la capacité de la femme est la règle, l'incapacité l'exception ; l'exclusion des femmes des emplois publics ne sera licite que si elle résulte des circonstances inhérentes à l'emploi ».

¹¹²⁴ CE Ass., 3 juillet 1936, *Demoiselle Bobard et autres*, n° 43239 et 43240, *Rec.* 721 : « Si les femmes ont l'aptitude légale aux emplois dépendant des administrations centrales des ministères, il appartient au gouvernement [...] de fixer par des règlements d'administration publique les règles relatives au recrutement et à l'avancement du personnel de ces administrations, et de décider, en conséquence, à cette occasion, si des raisons de service nécessitent, dans un ministère, des restrictions à l'admission et à l'avancement du personnel féminin ».

¹¹²⁵ Conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie (*Recueil Dalloz*, 1937.3.38). Selon Latournerie, le lien entre aptitude aux emplois publics et exercice des droits politiques, qui justifiait l'exclusion des femmes de l'accès aux emplois publics, est dépassé. Pour appuyer son argumentation, il montre également le paradoxe qui existe entre la récente nomination de trois femmes sous-secrétaires d'État au sein du gouvernement Blum et la règle de l'incapacité des femmes aux emplois publics : « L'heure a sonné, à notre avis, en faisant la règle désormais, d'une capacité qui, jusqu'ici, ne pouvait être qu'une exception ». Il prône toutefois des possibilités de limitations sous contrôle juridictionnel.

¹¹²⁶ FORT François-Xavier, « De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique », *AJDA*, 2009, p. 1181.

¹¹²⁷ SAUVE Jean-Marc, « Introduction », Colloque sur *l'administration et les femmes* organisé par l'Institut français des sciences administratives et l'École pratique des hautes études le 27 mai 2011, URL : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-administration-et-les-femmes>, consulté le 19 décembre 2015.

¹¹²⁸ AUVRET Patrick, « L'égalité des sexes dans la fonction publique », *RDP*, 1983, p. 1573.

¹¹²⁹ Le commissaire du gouvernement Latournerie, bien que favorable à une règle de l'égal accès aux fonctions publiques, estime en l'espèce qu'il revenait à l'administration en cause d'organiser souverainement son service, et d'exclure les femmes en raison de la nature des fonctions, par un texte spécifique (conclusions précitées, p. 40).

des femmes et des hommes dans le statut des fonctionnaires¹¹³⁰. L'absence d'un statut général unique des fonctionnaires avant 1946 contribuait en effet à laisser à l'appréciation des différentes administrations le choix quant au recrutement des femmes, la question étant résolue différemment par chaque administration¹¹³¹. L'article 7 de la loi du 19 octobre 1946 met *a priori* fin à ces incertitudes juridiques en imposant à toutes les administrations la même règle, à savoir celle de l'interdiction de distinguer – et non pas encore de « discriminer » – selon le sexe dans le recrutement des fonctionnaires¹¹³². La règle de l'égal accès est par conséquent imposée à l'administration par le législateur, mais des exceptions sont d'ores et déjà prévues par l'article 7 aux termes de la formule : « Sous réserve des dispositions spéciales qu'il prévoit ». La lettre du texte de l'article 7 désigne toutefois le législateur et non l'administration comme détenteur du pouvoir de limiter l'égalité des sexes dans la fonction publique. Or, les articles 25 et suivants du statut consacrés au recrutement et à l'avancement des fonctionnaires, ne prévoient aucune limitation s'agissant de l'accès des femmes aux emplois publics¹¹³³.

370. Néanmoins, le Conseil d'État a interprété de façon extensive le statut des fonctionnaires, en jugeant que l'administration avait le pouvoir de restreindre l'accès des femmes aux emplois publics, à condition que ces restrictions soient justifiées par la nature des fonctions ou par les conditions d'exercice de ces fonctions¹¹³⁴. Dès lors, si le juge administratif reconnaît en 1956 la règle de l'égal accès et affirme son pouvoir de contrôler les limitations au principe apportées par l'administration, il accorde dans le même temps à l'administration un pouvoir de distinction entre les sexes que le législateur n'a pas prévu explicitement dans le statut de 1946. Un tel pouvoir est toutefois finalement reconnu par le législateur lui-même en 1959 à l'occasion de la modification de l'article 7 du statut des fonctionnaires ; celui-ci impose désormais le principe de non-distinction, mais « sous réserve des mesures exceptionnelles prévues par les statuts particuliers et

¹¹³⁰ BRIMO Albert, « La femme et la fonction publique en France. Contribution à l'étude d'un problème de sociologie administrative », *op. cit.*, p. 34 : « S'il n'y a pas de connexité absolue entre la reconnaissance des droits politiques de la femme et l'égalité d'accès aux fonctions administratives avec l'homme, on constate cependant que, partout où les droits politiques ont été reconnus à la femme, ils ont entraîné reconnaissance d'égalité aux fonctions administratives avec l'homme ».

¹¹³¹ VERDEAU Simone, *L'accession des femmes aux fonctions publiques*, *op. cit.*, p. 93.

¹¹³² Article 7 de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires, *JORF* du 20 octobre 1946, p. 8910 : « Aucune distinction pour l'application du présent statut n'est faite entre les deux sexes, sous réserve des dispositions spéciales qu'il prévoit ».

¹¹³³ Il semble que les « dispositions spéciales » prévues par le statut qui dérogent à l'égalité conçue comme indifférenciation résident essentiellement dans l'article 96 du statut, qui prévoit que : « Le personnel féminin bénéficie d'un congé avec traitement pour couches et allaitement. La durée de ce congé est égale à celle prévue par la législation sur la sécurité sociale ».

¹¹³⁴ CE, 6 janvier 1956, *Syndicat national autonome du cadre de l'administration générale des colonies et sieur Montlivet*, *Rec.* p. 4 : « En vertu des principes posés tant par l'article 7 de la loi du 19 octobre 1946 que par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 les femmes ont désormais, en règle générale, vocation à tous les emplois dans les mêmes conditions que les hommes, sous réserve du droit du gouvernement, dans l'exercice du pouvoir réglementaire [...] d'apporter, sous le contrôle du juge, des dérogations à la règle ci-dessus définie dans le cas où la nature des fonctions exercées ou les conditions d'exercice de ces fonctions exigent de telles dérogations ».

commandées par la nature des fonctions»¹¹³⁵. Tout en les encadrant, le législateur reconnaît ainsi expressément que des dérogations peuvent être portées par l'administration au principe d'égal accès¹¹³⁶, dont le contrôle revient au juge administratif. Or, par le biais de ce contrôle, le Conseil d'État détient un pouvoir subjectif d'appréciation quant à ce que recouvre la notion de « nature des fonctions », celle-ci permettant de légitimer des différences de traitement entre les sexes fondées sur les rôles de genre¹¹³⁷. La législation ultérieure conduit toutefois à restreindre de plus en plus les possibilités de dérogation au principe d'égal accès, ce qui conduit, selon une logique antidiscriminatoire, à diminuer dans le même temps la marge de manœuvre de l'administration et le pouvoir du juge administratif dans le contrôle de la justification des limitations.

371. **Des dérogations définies précisément.** L'inscription dans la loi des dérogations à la règle de l'égal accès à un double effet : elle permet à la fois de réduire la marge de manœuvre de l'administration et du juge dans l'interprétation des dérogations – ce qui va plutôt dans le sens d'une protection du principe d'égal accès –, mais elle conduit en même temps à « cristalliser et généraliser »¹¹³⁸ les distinctions possibles – ce qui va à l'encontre de l'égalité comme indifférenciation. Cet effet paradoxal est caractéristique de la législation à partir de 1975 qui tend à définir de plus en plus précisément, tout en les confortant, les dérogations autorisées à l'interdiction de distinguer selon le sexe dans le recrutement des fonctionnaires.

372. La loi du 10 juillet 1975 prévoit en ce sens une nouvelle rédaction de l'article 7 du statut des fonctionnaires qui énonce désormais que les dérogations – limitées désormais au seul recrutement et non plus à l'avancement –, justifiées par la nature des fonctions ou leurs

¹¹³⁵ Ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, *JORF* du 8 février 1959, p. 1747. Le législateur énonce donc des dérogations là où l'article 3 de la Convention sur les droits politiques de la femme du 31 mars 1953 signée par la France n'en prévoit aucune : « Les femmes auront, dans des conditions d'égalité, le même droit que les hommes d'occuper tous les postes publics et d'exercer toutes les fonctions publiques établis en vertu de la législation nationale, sans aucune discrimination ».

¹¹³⁶ Par exemple, entre autres, le décret n° 62-1329 du 9 novembre 1962 réserve aux hommes les fonctions de contrôleur des brigades des douanes, et le décret n° 68-70 du 24 janvier 1968 réserve aux hommes l'accès au corps des commandants et officiers de paix de la police nationale. De même, le décret n° 71-846 du 12 octobre 1971, complété par celui du 22 août 1978, prévoit un recrutement distinct des instituteurs et des institutrices et le décret n° 72-503 prévoit également un recrutement distinct selon le sexe pour les corps des contrôleurs et agents d'exploitation des postes et télécommunications.

¹¹³⁷ Par exemple, CE, 1^{er} juin 1962, *Syndicat chrétien de l'administration pénitentiaire*, n° 51574, *Rec.*, p. 365 : « Les fonctions exercées par les personnels féminins des services extérieurs de l'administration pénitentiaire sont distinctes de celle qu'exercent les personnels masculins et comportent des risques d'une gravité moindre que ceux auxquels sont exposés les personnels masculins ». La dangerosité des fonctions exercées par les hommes justifie non seulement l'exclusion des femmes, considérées implicitement comme plus fragiles, mais justifie également une rémunération plus faible de ces dernières – ce qui était contesté en l'espèce. Voir également CE, 28 janvier 1972, *Fédération générale des syndicats de la police CGT*, n° 75193, 75223, 75224 : « La nature des fonctions exercées dans les services actifs de la police et les conditions d'exercice de ces fonctions » sont de nature à justifier l'exclusion des femmes de l'accès à ces fonctions. CE Ass., 9 juin 1978, *ministre de l'Éducation nationale contre Dlle Bachelier*, *Rec.*, p. 239. Les conditions d'exercice de fonctions remplies par les instituteurs d'une part et les institutrices d'autre part, justifient des recrutements distincts.

¹¹³⁸ AUVRET Patrick, « L'égalité des sexes dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 1582.

conditions d'exercice, sont prévues par décret en Conseil d'État¹¹³⁹. La liste des corps concernés est, selon la nouvelle logique tendant à limiter les dérogations, déterminée précisément par le décret du 25 mars 1977 et n'est dès lors plus prévue par des statuts particuliers. Il est prévu à la fois des recrutements exclusifs d'hommes ou de femmes¹¹⁴⁰ et des conditions d'accès distincts pour les hommes et pour les femmes. Des concours distincts selon le sexe exigent ainsi des aptitudes physiques différentes pour les hommes et les femmes ou prévoient un nombre de postes moindre pour les femmes¹¹⁴¹. Si le législateur tend de façon évidente à mettre en œuvre le « principe de non-discrimination des sexes pour l'accès à la fonction publique »¹¹⁴², il reste donc que la liste des dérogations, bien que définie précisément, est laissée à l'appréciation du pouvoir exécutif et demeure ainsi conséquente¹¹⁴³. Cependant, le nombre des corps inscrits sur la liste « va se réduire sous la contrainte du droit communautaire »¹¹⁴⁴.

373. Une réduction de la liste des dérogations. Un avis de la Commission des Communautés européennes de 1981 fait valoir que les dérogations prévues à l'article 7 du statut et par le décret de 1977 ne sont pas conformes à l'égalité de traitement entre hommes et femmes telle que définie dans la directive 76/207/CEE¹¹⁴⁵. Celle-ci permet des dérogations à la non-discrimination en permettant l'exclusion de personnes d'un sexe, mais uniquement lorsque le sexe constitue une « condition déterminante » à l'exercice de ces activités professionnelles pour des raisons objectives liées à leur nature et de à leurs conditions d'exercice¹¹⁴⁶. Selon la Commission, les exceptions à l'égalité de traitement doivent être interprétées de façon stricte et le gouvernement français doit apporter la preuve pour chaque fonction que l'activité professionnelle ne peut être réservée qu'à un seul sexe ou suppose un recrutement distinct. C'est ainsi que pour la Commission, s'agissant des recrutements réservés soit aux hommes ou soit aux femmes, le

¹¹³⁹ Loi n° 75-599 du 10 juillet 1975 portant modification de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, *JORF* du 11 juillet 1975, p. 7124.

¹¹⁴⁰ Annexe 1 au décret du 25 mars 1977, *JORF* du 10 avril 1977, p. 2134. Cinq corps sont réservés aux hommes et deux corps sont réservés aux femmes. Les recrutements réservés aux hommes concernent par exemple les agents techniques et chefs de district de l'office national des forêts, le corps des contrôleurs des brigades des douanes, les commandants, officiers de paix, gradés et gardiens de la paix dans la police nationale, ainsi que les corps « techniques » des postes et télécommunications. Les recrutements réservés aux femmes concernent les fonctions subalternes, par exemple le corps des assistantes des douanes, ou bien des fonctions qui les mettent en relation avec un public féminin, comme celle de dame éducatrice ou de maîtresse d'internat des maisons d'éducation de la Légion d'honneur.

¹¹⁴¹ Annexe 2 au décret du 25 mars 1977 : Dix-huit corps peuvent faire l'objet de recrutements distincts. C'est le cas pour les fonctions de commissaires, inspecteurs et enquêteurs de la police nationale, pour les corps du personnel éducatif de l'éducation surveillée et le corps de l'administration pénitentiaire, pour les corps des contrôleurs, agents d'exploitation et des services de la distribution et acheminement des postes et télécommunications.

¹¹⁴² Débats parlementaires, séance du 22 avril 1975 à l'Assemblée nationale, p. 1914.

¹¹⁴³ Voir l'intervention de la secrétaire d'État à la condition féminine lors de la séance du 22 avril 1975 à l'Assemblée nationale, p. 1916 : « Le texte nouveau laisse donc une très large marge d'appréciation au pouvoir exécutif et tend à figer indéfiniment une série d'exception ».

¹¹⁴⁴ MONIOLLE Carole, « L'évolution de la distinction hommes-femmes en droit de la fonction publique », *AJFP*, 2013, p. 19.

¹¹⁴⁵ Avis de la Commission des Communautés européennes du 25 avril 1981, in GOLDET Cécile, rapport fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi modifiant l'article 7 de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, p. 31.

¹¹⁴⁶ Article 2.2 de la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976.

gouvernement français n'apporte pas la preuve que le sexe est une condition déterminante à l'exercice de ces fonctions¹¹⁴⁷. Elle retient ainsi une conception plus stricte de la non-discrimination, imposant un principe de « mixité » dans les emplois publics impliquant de réduire autant que possible les recrutements exclusifs ou distincts.

374. Le législateur a progressivement intégré, à partir de 1982, les exigences communautaires tendant à la mixité dans les corps de la fonction publique, comprenant les emplois dans les communes et dans les entreprises publiques¹¹⁴⁸. En revanche, les recrutements distincts sont toujours prévus par décret en Conseil d'État à condition que « l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante pour l'exercice des fonctions assurées par les membres des corps »¹¹⁴⁹. Le législateur reprend donc en partie la formule de la directive 76/207/CEE, en prévoyant que le sexe soit « une condition déterminante ». Mais il va encore plus loin que celle-ci en supprimant la référence à la « nature des fonctions ». Le législateur renonce ainsi à des exclusions prédéterminées par nature¹¹⁵⁰ ; il admet que la « nature » d'une fonction ne peut servir de justification à l'exclusion des femmes ou des hommes, mais que celle-ci doit être démontrée par la preuve que le sexe influence l'exercice de telle ou telle fonction. La distinction entre hommes et femmes lors des épreuves physiques est en ce sens expressément prévue par la loi, la différence physique entre les sexes étant considérée comme une justification objective. En outre, les rédacteurs de la loi ont entendu réaffirmer avec plus de force la règle de l'égal accès, en énonçant les exceptions dans un article distinct¹¹⁵¹. Ainsi, « on affirme en quelque sorte la pérennité du principe alors qu'en reléguant les exceptions à l'article 18 *bis* on modère la portée de celles-ci et on en assure la relativité »¹¹⁵².

¹¹⁴⁷ Avis précité, p. 34 : « Il est évident que les fonctions énumérées dans le décret peuvent être exercées aussi bien par les hommes que par les femmes puisqu'il en est désormais ainsi, en application de la directive, dans plusieurs États membres ». Le gouvernement ne justifie par exemple pas assez en quoi les fonctions d'éducatrice, réservées aux femmes, ou de commandant et officier de paix de la police nationale ou technicien des PTT, réservées aux hommes, sont par nature ou par leurs conditions d'exercice mieux exercées par un sexe plutôt que l'autre.

¹¹⁴⁸ Loi n° 82-380 du 7 mai 1982 modifiant l'article 7 de l'ordonnance du 4 février 1959 et portant dispositions diverses concernant le principe d'égalité d'accès aux emplois publics, *JORF* du 8 mai 1982, p. 1315.

¹¹⁴⁹ Article 2 de la loi n° 82-380 du 7 mai 1982.

¹¹⁵⁰ Voir l'intervention du ministre de la Fonction publique Anicet Le Pors, lors de la séance du 15 décembre 1981 au Sénat, p. 4258 : « Il interdit également de se fonder sur la nature des fonctions pour prévoir des recrutements distincts d'hommes ou de femmes. En abandonnant la formule, tout empreinte de subjectivité de "nature des fonctions", le Gouvernement entend affirmer avec force que, par nature précisément, aucune fonction n'est susceptible d'être interdite aux femmes comme aux hommes ».

¹¹⁵¹ Voir l'intervention de la sénatrice Cécile Goldet lors de la séance du 15 décembre 1986, p. 4261 : « Pour donner plus de force au principe d'égalité affirmé par l'alinéa 1^{er} de l'article 7 du statut général des fonctionnaires, le présent amendement propose de disjoindre cet alinéa des alinéas suivants qui ouvrent la possibilité de déroger au principe d'égalité exclusivement au niveau du recrutement ».

¹¹⁵² AUVRET Patrick, « L'égalité des sexes dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 1586.

375. Suivant la logique de la loi de 1982 axée sur la restriction « progressive »¹¹⁵³ des dérogations, le décret en Conseil d'État du 15 octobre 1982 s'est contenté de réduire à quinze – contre dix-huit auparavant – la liste des corps pour lesquels le recrutement distinct est autorisé¹¹⁵⁴. Ainsi, s'agissant de ces corps, l'administration détient encore dans les années 1980 une marge de manœuvre, certes en principe limitée, dans le recrutement des fonctionnaires au regard de leur sexe. Elle a été progressivement remise en cause, en particulier dans les années 1990, par les juges communautaire et administratif.

2) L'interdiction du recrutement distinct selon le sexe imposée par les juges à l'administration

376. L'exigence de la non-discrimination dans la fonction publique a été jusqu'à contraindre l'administration, surtout sous la pression européenne, à renoncer dans presque tous les corps aux recrutements distincts selon le sexe.

377. **L'influence du juge communautaire dans la limitation des dérogations au principe d'égal accès**¹¹⁵⁵. Dans un arrêt de 1988, la Cour de justice des communautés européennes a rappelé, au regard de la directive 76/207/CEE, que la France ne pouvait librement organiser des recrutements distincts des fonctionnaires masculins et féminins sans justifier de manière objective et proportionnée une telle dérogation à l'égalité de traitement interprétée comme indifférenciation¹¹⁵⁶. Elle réitère ainsi le principe selon lequel l'égal accès des hommes et des femmes aux emplois publics est la règle et le recrutement distinct l'exception, à interpréter de plus en plus étroitement au gré des évolutions sociales. Ainsi, bien que le droit français n'interdise plus l'accès des femmes à ces corps de fonctionnaires, celui-ci demeure *a priori* contraire à l'égalité

¹¹⁵³ Voir l'intervention du ministre de la Fonction publique Anicet Le Pors, lors de la séance du 7 avril 1982 à l'Assemblée nationale, p. 976 : « La mixité progressive retenue à cette étape me paraît la seule voie réaliste, celle qui permet de faire bouger les choses plus avant sans aller jusqu'à provoquer des réactions de défense, voire des blocages [...]. Des situations de ce genre, vous le savez, se présentent, par exemple dans la police et les douanes ».

¹¹⁵⁴ Si le recrutement distinct selon le sexe est désormais interdit pour les agents de l'Office national des forêts et les agents des PTT, il demeure en 1982 autorisé pour les corps de la police nationale, des maisons d'éducation de la Légion d'honneur, de l'administration pénitentiaire, des douanes, des instituteurs et des professeurs d'éducation physique et sportive. Décret n° 82-886 du 15 octobre 1982 portant application de l'article 18 *bis* de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, *JORF* du 19 octobre 1982, p. 3154. Ce décret a été considéré par le Conseil d'État comme conforme au droit communautaire, s'agissant des recrutements distincts des instituteurs et institutrices, dans un arrêt du 16 avril 1986, *Confédération française démocratique du travail*, n° 47337.

¹¹⁵⁵ HOUSER Matthieu, « L'influence du droit de l'Union européenne sur l'égalité homme/femme dans la fonction publique », in ICARD Philippe, *Les femmes dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 103.

¹¹⁵⁶ CJCE, 30 juin 1988, *Commission contre France*, C-318/86. Dans cette affaire, la Commission conteste le système de recrutement distinct prévu par l'article 21 de la loi du 11 janvier 1984 – reprenant la législation antérieure – qui permet notamment à l'administration de fixer, par arrêté de concours, pour les corps énoncés dans la liste fixée par le décret de 1982, le « pourcentage de postes à attribuer, respectivement aux hommes et aux femmes » (point 2).

des sexes, en ce qu'il prévoit des systèmes de quotas limitant l'accès des femmes à une liste « extrêmement large » de corps de la fonction publique¹¹⁵⁷.

378. En l'espèce, la légalité du système de recrutement distinct est en débat s'agissant de certains corps particuliers : le corps du personnel de surveillance des administrations pénitentiaires et les corps de la police nationale¹¹⁵⁸. La Cour admet certes dans un premier temps que le recrutement distinct est justifié pour les surveillants-chefs chargés de diriger les maisons d'arrêt¹¹⁵⁹. Toutefois, alors même que le contrôle de la dérogation à l'égalité de traitement appelle à un examen strict des raisons objectives la justifiant, la Cour n'explique pas en quoi l'absence de mixité est dans ce cas nécessaire – même si le raisonnement de la Commission et de la Cour conduit à penser que c'est le contact entre personnels et détenus de sexes différents qui justifie l'inégalité.

379. S'agissant en revanche des corps de la police nationale¹¹⁶⁰, la Cour suit le raisonnement de la Commission et estime injustifiée la limitation du recrutement des fonctionnaires féminins dans ce domaine. En effet, l'argument du gouvernement français exposant que « les agents de la police nationale devraient à tout moment être aptes à recourir à la force afin de dissuader les éventuels auteurs de trouble », semble reposer sur le présupposé selon lequel les femmes ne seraient pas aptes à se montrer assez « fortes » tant sur le plan physique que mental. Mais bien que la Cour refuse une telle justification générale, elle admet cependant que certaines activités spécifiques puissent potentiellement faire l'objet de recrutement distinct, à condition de respecter la transparence – ce qui implique que les justifications du recrutement distinct soient susceptibles d'être contrôlées par le juge ou la Commission. C'est donc bien parce que le gouvernement français ne respecte ni le principe de proportionnalité, en ne ciblant pas des activités spécifiques mais des « corps », ni le principe de transparence, en omettant de justifier de façon objective la dérogation, que la Cour censure le décret de 1982. En somme, ce n'est pas le recrutement distinct en tant que tel qui est contraire à l'égalité des sexes, mais bien le système mis en place par le droit français qui empêche de justifier de façon objective, au cas par cas, les dérogations.

¹¹⁵⁷ Arrêt précité, point 4.

¹¹⁵⁸ Le recours introduit par la Commission concernait à l'origine davantage de corps, dont ceux des professeurs et professeurs adjoints d'éducation physique et sportive et ceux du personnel de direction et du personnel technique et de formation professionnelle des services extérieurs de l'administration pénitentiaire. Concernant ces derniers, le gouvernement a reconnu que le recrutement distinct n'était pas conforme au principe d'égal accès et a annoncé son intention de les supprimer de la liste. S'agissant du corps des professeurs d'éducation physique et sportive, la Commission s'est désistée de son recours en raison de sa suppression anticipée de la liste des dérogations par le décret du 29 avril 1988.

¹¹⁵⁹ Arrêt précité, point 12.

¹¹⁶⁰ Il s'agit des cinq corps de la police nationale comprenant les commissaires, les commandants et officiers de paix, les inspecteurs, les enquêteurs, les gradés et gardiens de la paix.

380. Mais bien que la Cour ne remette pas toujours en cause les limitations à l'égal accès¹¹⁶¹, sa jurisprudence influence de façon certaine l'évolution du droit français vers une restriction des dérogations au principe d'égal accès¹¹⁶². Le juge administratif a opéré un contrôle de plus en plus strict de ce principe, en obligeant le pouvoir réglementaire à abandonner peu à peu la liste des dérogations.

381. **Un contrôle strict des dérogations opéré par le juge administratif.** Dès l'affirmation de la règle de l'égal accès des hommes et des femmes à la fonction publique en 1946, il revient au juge administratif la tâche de contrôler la marge de manœuvre de l'administration dans le recrutement de ces fonctionnaires au regard de ce principe¹¹⁶³. Il lui appartient alors de vérifier si la « nature des fonctions » ou les « conditions d'exercice des fonctions » justifient un recrutement distinct des hommes et des femmes. Or, en dépit de certaines solutions susmentionnées maintenant des recrutements distincts, le Conseil d'État s'est montré plutôt favorable à l'égalité des sexes comme indifférenciation, en poussant « son contrôle au maximum des limites qu'il s'était lui-même fixées au regard de la loi »¹¹⁶⁴. Avant même l'adoption de la loi de 1975 limitant les dérogations, le Conseil d'État a remis en cause plusieurs actes administratifs – réglementaires et individuels – prévoyant l'exclusion des femmes de certains emplois ou de la promotion à certains postes, l'avancement de carrière des fonctionnaires qui doit être déterminé selon le mérite de chacun et non selon le sexe¹¹⁶⁵. Le Conseil d'État opère donc un réel contrôle des justifications des différences de traitement entre les sexes, en appréciant si l'administration rapporte ou non le caractère déterminant du sexe pour l'exercice des fonctions¹¹⁶⁶. Ce contrôle strict remet par conséquent largement en cause le pouvoir discrétionnaire du pouvoir réglementaire et de l'administration.

¹¹⁶¹ Voir par exemple l'arrêt de la CJCE du 15 mai 1986, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, dans lequel, en application des principes de nécessité et de proportionnalité, les juges estiment « qu'un État membre peut prendre en considération des exigences de la protection de la sécurité publique pour réserver, dans une situation interne caractérisée par des attentats fréquents, les tâches générales de la police à des hommes équipés d'armes à feu », les femmes policières ayant en l'espèce ayant été exclues du maniement des armes.

¹¹⁶² Le décret n° 92-200 du 3 mars 1992 a ainsi supprimé les corps des fonctionnaires des services actifs de la police de la liste des corps pour lesquels un recrutement distinct peut être prévu pour les hommes et pour les femmes, *JORF* du 4 mars 1992, p. 3248.

¹¹⁶³ Le juge administratif veille également à l'application des lois prévoyant l'accès des femmes à certaines fonctions spécifiques, telles que la loi du 11 avril 1946 relative à l'accès des femmes à la magistrature : CE, 3 décembre 1948, *Dame Louys*, *Rec.* p. 451.

¹¹⁶⁴ ZARCA Alexis, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 732.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 733 : « Le Conseil d'État fut particulièrement vigilant à rejeter les différences de traitement entre les agents des deux sexes dans le déroulement de leur carrière pour l'avancement, la promotion de grade [...] soulignant par là même que rien ne pouvait justifier que le critère du sexe prime ceux de l'aptitude et du mérite, matrices exclusives de l'avancement dans le droit de la fonction publique ».

¹¹⁶⁶ Voir par exemple, s'agissant de l'avancement de carrière : CE, 2 mai 1959, *Dame Viauroux*, *Rec.* p. 280. Concernant plus précisément le recrutement distinct : CE, 11 mars 1960, *Ville de Strasbourg*, *Rec.* p. 194 ; CE, 9 novembre 1966, *Commune de Clobars-Carmoët*, *Rec.* p. 591. S'agissant des conditions de diplômes ou de services, distinctes pour les femmes et les hommes : CE, 21 avril 1972, *Syndicat chrétien du corps des officiers de police*, *Rec.* p. 300.

382. Durant les décennies 1980 et 1990, le Conseil d'État a accentué ce contrôle des dérogations au principe d'égal accès, poursuivant par là même la logique de restriction prévue par le législateur et les instances communautaires. Il intègre en 1989, dans le sens d'une plus grande mixité, l'exigence de non-discrimination imposée à l'administration, en faisant directement référence à la notion de « discrimination » et non plus seulement à celle de distinction. Il reconnaît ainsi l'illégalité du décret instituant une composition différente des conseils de discipline compétents pour les maîtres d'internat et les surveillants d'externat selon qu'ils ont à connaître de faits reprochés à des hommes ou à des femmes. Selon le Conseil d'État, une telle « discrimination », entre agents masculins et féminins, est contraire au « principe constitutionnel de l'égalité des droits accordés aux hommes et aux femmes »¹¹⁶⁷.

383. Par ailleurs, le Conseil d'État a remis en cause le recrutement distinct dans des domaines où les inégalités étaient encore particulièrement résistantes, tels que celui de l'armée¹¹⁶⁸. Le juge a dans ce contexte fait preuve d'un certain activisme¹¹⁶⁹, alors même que le statut général de la fonction publique – et dès lors le principe de non-distinction selon le sexe énoncé à l'article 6 – ne concerne pas les militaires¹¹⁷⁰. L'accès des femmes aux corps de l'armée est autorisé par des textes réglementaires spécifiques – la loi Paul Boncour ayant permis en 1938, de façon générale, l'engagement féminin dans les armées¹¹⁷¹ – laissant à l'administration la liberté d'apprécier l'opportunité de l'ouverture aux femmes des fonctions militaires. Un système de quotas très limitatif a néanmoins été mis en place dans les années 1980 par le pouvoir réglementaire pour restreindre l'accès des femmes aux corps de l'armée¹¹⁷², sous-tendu par l'idée que « la défense de

¹¹⁶⁷ CE, 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche SGEN-CFDT*, n° 89945 : « Une telle discrimination, qui institue une représentation séparée d'agents du sexe masculin et d'agents du sexe féminin appartenant à une même catégorie de personnels, n'est justifiée ni par les conditions dans lesquelles les uns et les autres exercent leurs fonctions, ni par aucun des autres motifs d'intérêt général susévoqués ». Il prend en outre acte de la solution retenue par la Cour de justice dans l'affaire de 1988, en annulant en 1990 le refus opposé à une candidature féminine à un poste d'enseignant spécialisé dans une maison d'arrêt, le gouvernement français ayant lui-même admis que le recrutement distinct du personnel de formation professionnelle des services extérieurs de l'administration pénitentiaire n'était plus justifié : CE, 7 décembre 1990, *ministre de l'Éducation nationale contre Mme Buret*, n° 96209. En l'espèce, le recteur de l'Académie de Nancy-Metz s'était « fondé sur les difficultés que rencontrerait un enseignant du sexe féminin pour faire respecter la discipline par des détenus de sexe masculin ». Le Conseil d'État estime, au contraire, qu'aucune preuve ne permet d'établir que cette fonction ne pourrait être exercée par une femme.

¹¹⁶⁸ MONIOLLE Carole, « L'évolution de la distinction hommes-femmes en droit de la fonction publique », *op. cit.*, p. 342. Par exemple, le décret n° 75-1206 du 22 décembre 1975 réservait aux hommes l'accès à l'armée de terre. De même, le décret n° 83-184 du 10 mars 1983 réservait aux hommes l'accès aux corps des officiers de l'armée de l'air.

¹¹⁶⁹ ZARCA Alexis, *L'égalité dans la fonction publique*, *op. cit.*, p. 737 : « Le Conseil d'État n'a pas hésité à précéder la Cour de justice des communautés européennes pour admettre sans restriction l'aptitude des femmes aux fonctions militaires ». Voir CJCE, 29 octobre 1999, *Angela Maria Sirdar*, C-273/97 et CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil et Bundesrepublik Deutschland*, C-285/98.

¹¹⁷⁰ En effet, la loi de 1972 relative au statut général des militaires, bien que s'appliquant aux militaires des deux sexes, ne mentionne pas le principe de non-distinction entre les femmes et les hommes (loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, *JORF* du 14 juillet 1972, p. 7430).

¹¹⁷¹ Loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre, *JORF* du 30 septembre 1938, p. 591.

¹¹⁷² Par exemple, l'article 2 du décret n° 84-173 du 12 mars 1984 énonce qu'en « raison de certaines conditions d'emploi dans le corps des commissaires de l'armée de terre, l'accès des femmes à ce corps est limité à 20 % du recrutement annuel » (*Journal officiel* du 14 mars 1984, p. 838). De même, le décret n° 85-512 du 9 mai 1985 dispose que : « Compte tenu des conditions d'emploi propres aux corps des sous-officiers de carrière des armes, l'accès des femmes est autorisé dans les limites suivantes : 25 % des

la nation ne constituait pas une mission qui était assignée [aux femmes] par la société»¹¹⁷³. Le Conseil d'État a toutefois censuré ce système des quotas sur le fondement de la non-discrimination dans l'accès aux fonctions militaires¹¹⁷⁴ ou sur l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946, en interprétant l'égalité des sexes comme une exigence d'indifférenciation¹¹⁷⁵. Le pouvoir réglementaire a néanmoins précédé la décision du juge administratif en supprimant le système des quotas restreignant l'accès des femmes à divers corps de l'armée¹¹⁷⁶, tout en maintenant dans certains cas la possibilité pour l'administration de fixer la liste des emplois – et non plus des corps – ou de places qui sont réservés aux hommes¹¹⁷⁷.

384. Peu à peu, le sexe devient ainsi, pour le juge administratif, un critère non pertinent dans l'exercice de la plupart des fonctions publiques, ce qui corrobore l'idée de la construction d'une interprétation de l'égalité comme indifférenciation.

385. Cette logique d'indifférenciation a du reste été étendue par le juge administratif à des aspects de la fonction publique autres que celui de l'accès, le principe de non-distinction énoncé désormais à l'article 6 *bis* du statut des fonctionnaires n'étant pas limité au recrutement, mais également au déroulement de la carrière. Mais le Conseil d'État se fonde davantage sur l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 que sur le statut des fonctionnaires, par exemple, pour sanctionner une inégalité en matière de rémunération¹¹⁷⁸ ou encore pour annuler le refus opposé aux femmes de continuer à exercer ses fonctions après un certain âge¹¹⁷⁹. Comme l'affirme Alexis Zarka, la référence à l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 a surtout permis au juge de sanctionner des inégalités de traitement là où le statut général des fonctionnaires ne trouvait

recrutements annuels dans les transmissions, 7 % des recrutements annuels dans le train et le matériel, 3,5 % des recrutements annuels dans les autres armes » (*Journal officiel* du 15 mai 1985, p. 5483).

¹¹⁷³ HAQUET Arnaud, « L'accès des femmes aux corps de l'armée », *RFD-A*, 2000, p. 342.

¹¹⁷⁴ Dans un arrêt de 1993, il juge que la condition imposée aux femmes pour accéder au corps des officiers de l'air – à savoir figurer sur la liste de sortie de l'École militaire de l'Air – institue « entre les élèves masculins et féminins de l'École de l'Air, une discrimination qui n'est justifiée ni par la nature des fonctions ni par les conditions d'exercice de celles-ci » (CE, 29 décembre 1993, *Mlle Martel*, n° 78835).

¹¹⁷⁵ En 1998, il considère comme contraire au principe de l'égal accès aux emplois publics le système des quotas instauré pour l'accès des femmes au corps des officiers de l'armée de terre, qui n'est justifié ni par la nature ni par les conditions d'exercice de ces fonctions (CE, 11 mai 1998, *Mlle Aldige*, n° 185049).

¹¹⁷⁶ Décret n° 98-86 du 16 février 1998, *JORF* du 18 février 1998, p. 2556. La mixité est ainsi imposée dans le corps des sous-officiers de la gendarmerie, du corps des commissaires de l'armée de l'air, du corps des ingénieurs militaires des essences, du corps des officiers techniques et administratifs des armées, des officiers du corps technique et administratif des affaires maritimes, des corps d'officiers et de sous-officiers du greffe des juridictions des forces armées.

¹¹⁷⁷ L'administration peut dès lors encore limiter l'accès des femmes, pour certains emplois, sous réserve de justification, dans les corps suivants : les corps des officiers et sous-officiers de l'armée de terre, le corps des médecins, pharmaciens, chimistes et vétérinaires biologistes des armées, le corps des officiers navigants de la marine, le corps des officiers de l'air et de mécaniciens de l'air, le corps des officiers de gendarmerie et le corps des officiers mariniens.

¹¹⁷⁸ CE, Sect., 11 juin 1982, *Mme Diebolt*, n° 16610 ; CE, 14 octobre 1987, *Mme Brun*, n° 62948 ; CE, Sect., 6 novembre 1992, n° 93734 et n° 94044.

¹¹⁷⁹ CE, 6 février 1981, *Mlle Baudet*, n° 14869 : « Considérant qu'il résulte des principes rappelés par le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère celui de la Constitution du 4 octobre 1958 qu'aucune discrimination ne peut être faite dans les conditions d'emploi des hommes et des femmes à moins qu'elle ne soit justifiée par la nature des fonctions ou par les conditions de leur exercice ».

pas à s'appliquer¹¹⁸⁰, comme dans le cas des agents non titulaires¹¹⁸¹, des militaires ou des agents de la fonction publique locale¹¹⁸². Cette référence constante permet de montrer que le Conseil d'État interprète le principe d'égalité des sexes énoncé à l'alinéa 3 essentiellement comme un principe de non-discrimination imposé à l'administration.

386. Le principe de non-discrimination a par conséquent été imposé à l'administration dans les relations avec ses agents d'abord par le législateur, sous les contraintes du droit international et communautaire, puis par le juge administratif. Cette interdiction de la différence de traitement fondée sur le sexe, inscrite à l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983, a d'ailleurs été reprise explicitement dans une perspective de lutte contre les discriminations par la loi du 16 novembre 2001¹¹⁸³, bien que le nouvel article 6 *bis*, consacré exclusivement au critère du sexe¹¹⁸⁴ renvoie toujours au terme de « distinction » et non de « discrimination »¹¹⁸⁵.

387. L'interprétation de l'égalité des sexes comme principe de non-discrimination a par conséquent conduit à réduire la marge de manœuvre attribuée jusqu'à la moitié du XX^e siècle à l'État dans le choix de ses agents, en tant que détenteur d'un pouvoir exorbitant du droit commun. Cette évolution a conduit à limiter la spécificité de la fonction publique au sein du domaine de l'emploi¹¹⁸⁶, l'État étant dans ce contexte progressivement assimilé à un simple employeur¹¹⁸⁷. La loi de 2001 inscrit l'interdiction de distinguer selon le sexe des fonctionnaires dans une logique plus large d'égalité des sexes dans l'emploi, reléguant ainsi la spécificité du droit de la fonction publique derrière l'exigence de non-discrimination. C'est là l'un des aspects du caractère « principal » de la non-discrimination, qui conduit à imposer cette exigence de manière transversale à un nombre croissant d'acteurs publics et privés. De la même manière que le pouvoir exorbitant de l'État a été réduit, la liberté de choix des employeurs privés a été limitée afin de respecter le principe de non-discrimination.

¹¹⁸⁰ ZARCA Alexis, *L'égalité dans la fonction publique*, *op. cit.*, p. 656.

¹¹⁸¹ CE, 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, n° 89945. Cette solution est obsolète depuis la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 prévoyant l'extension des dispositions de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 aux agents non titulaires de droit public.

¹¹⁸² CE, 11 mars 1960, *Ville de Strasbourg*, *Rec.* p. 194.

¹¹⁸³ Article 19 de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. Le même jour a été adoptée la loi n° 2001-1066 relative à la lutte contre les discriminations.

¹¹⁸⁴ Au regard des rapports et des débats relatifs à la proposition de loi, les parlementaires ont souhaité séparer le critère du sexe des autres critères de discriminations. En effet, le critère du sexe est considéré comme différent des autres critères en ce qu'il permet davantage de dérogations, notamment en matière de recrutement distinct. Il apparaissait donc opportun aux parlementaires de regrouper en un seul article à la fois l'interdiction de distinguer selon le sexe et les exceptions à ce principe.

¹¹⁸⁵ L'amendement n° 61 proposé par le député Patrick Malavielle prévoyait de remplacer le terme « distinction » par celui de « discrimination », mais il a été rejeté en raison du caractère « historique » de la notion de « distinction », présente à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (voir l'intervention du ministre de la Fonction publique lors de la séance du 7 mars 2000 à l'Assemblée nationale, p. 1568).

¹¹⁸⁶ FITTE-DUVAL Annie, « Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *AJFP*, 2006, p. 4.

¹¹⁸⁷ Dans sa jurisprudence relative aux pensions de retraite, la Cour de justice des communautés européennes assimile dans le même sens l'État aux employeurs privés – et rattache, de là, les pensions à la rémunération – afin de lui imposer, à l'instar de ces derniers, l'exigence d'égalité de traitement dans ce domaine (CJCE, 28 septembre 1994, *G. A. Beune*, C-7/93).

B. L'interdiction de la discrimination imposée aux employeurs privés et aux partenaires sociaux

388. L'égalité des sexes en droit du travail a été construite de façon à se départir d'une logique de protection des femmes qui prévalait jusqu'alors, pour tendre à l'indifférenciation des pratiques des employeurs et des partenaires sociaux vis-à-vis du sexe des salariés¹¹⁸⁸. Certes, le droit de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes a subi des mutations. Il a ainsi fait l'objet de différentes « formulations successives », allant d'une « égalité des droits » au sein des normes juridiques à une « égalité de traitement » tendant à l'indifférenciation des pratiques des employeurs au regard du sexe¹¹⁸⁹. Selon certains auteurs, il est également passé d'une logique individuelle d'interdiction des discriminations à une prévention des inégalités, dans une logique plus collective¹¹⁹⁰. De même, une mutation s'est opérée au regard des significations de l'égalité professionnelle, passant d'une « conception classique de la non-discrimination à une vision plus moderne de l'égalité différentielle »¹¹⁹¹ orientée davantage vers la compensation des inégalités.

389. Il ne s'agit pas de nier cette complexité de l'égalité professionnelle, mais de montrer que, dans un premier temps, l'objectif fixé au principe d'égalité a avant tout été de faire du critère du sexe un critère par principe illégitime dans les relations de travail. Ainsi, l'interdiction de la prise en compte du critère du sexe a d'abord été imposé par le législateur, sous l'impulsion du droit international et européen, à l'employeur en matière de rémunération¹¹⁹², puis a été étendue à toute la relation de travail et aux partenaires sociaux.

390. **L'affirmation de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes.** La question de l'égalité salariale entre les travailleurs et les travailleuses ne s'est posée concrètement qu'à partir du moment où la liberté de travailler sans l'autorisation de leurs maris fût acquise par les femmes. L'ouverture des mêmes métiers aux deux sexes a inéluctablement conduit à poser le

¹¹⁸⁸ MINÉ Michel, COSTE Christine, « Droit et discrimination sexuelle au travail », *Cités*, n° 9, 2002/1, p. 99 : « Le droit des femmes est passé d'une logique de protection à une logique d'égalité ».

¹¹⁸⁹ LAUFER Jacqueline, « Entre égalité et inégalités : les droits des femmes dans la sphère professionnelle », *L'Année sociologique*, vol. 53, 2003/1, p. 150 : « L'égalité de traitement présuppose l'égalité des droits dont elle constitue une partie, mais au-delà elle vise tous les processus concrets, formels et informels, sociologiques ou psychologiques, qui déterminent l'insertion des femmes sur le marché du travail et dans l'entreprise : formation recrutement, qualification, promotion et qui aboutissent aux inégalités de fait qui caractérisent la situation des femmes ».

¹¹⁹⁰ VERKINDT Pierre-Yves, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », *Droit social*, 2008, p. 1051 : S'agissant du Code du travail : « Une partie des textes figurant dans cette rubrique vient relayer en quelque sorte les dispositions relatives à la discrimination ; une autre partie conduit à une approche plus offensive et en même temps plus collective ».

¹¹⁹¹ LYON-CAEN Antoine, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1990, p. 68 ; SÉNAC-SLAWINSKI Réjane, « L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français », *Droit et société*, n° 62, 2006/1, p. 68.

¹¹⁹² JUNTER Annie, RESSOT Caroline, « La discrimination sexiste : les regards du droit », *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010/3, p. 73 : « Il ne s'agit pas vraiment d'une égalité érigée comme un principe absolu ; elle est avant tout abordée sous l'angle de la discrimination : l'égalité est constituée par l'absence de discriminations. Elle est par ailleurs circonscrite à l'égalité de rémunération ».

problème de l'inégalité salariale¹¹⁹³, en commençant par la suppression du « salaire féminin » comme premier pas vers l'indifférenciation¹¹⁹⁴. Avant d'être une obligation pour les employeurs, la règle de l'égalité des sexes en matière salariale a dans un premier temps été imposée aux États par la Convention n° 100 de l'Organisation internationale du travail (OIT) de 1951, ratifiée par la France le 10 mars 1953. Celle-ci pose la règle de « l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale »¹¹⁹⁵.

391. Toujours plus dans une perspective libérale que de lutte contre les discriminations – « pour des raisons de concurrence économique »¹¹⁹⁶ –, le droit communautaire prévoit dès le Traité de Rome en 1957 un article 119 qui énonce que les États membres doivent assurer et maintenir « l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail »¹¹⁹⁷. La Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Defrenne* de 1976 rappelle, d'une part, le lien entre l'égalité de rémunération et la lutte contre les discriminations. Elle souligne, d'autre part, le caractère impératif de cette disposition qui s'impose non seulement aux autorités publiques mais également, de façon « horizontale », aux contrats de travail entre les employeurs et les salariés et aux conventions collectives¹¹⁹⁸. Si l'arrêt *Defrenne* affirme encore que l'article 119 du Traité est d'effet direct – ce qui implique que tout justiciable peut s'en prévaloir sans qu'il ait été transposé par une norme interne – le législateur français a tout de même intégré cette obligation communautaire dans la loi de 1972 créant l'article L. 140-1 du Code du travail (aujourd'hui devenu l'article L. 3221-2)¹¹⁹⁹. Néanmoins, les dispositions de cette loi ne contiennent pas de

¹¹⁹³ LANQUETIN Marie-Thérèse, « Chronique juridique des inégalités de salaires entre les femmes et les hommes », *Travail, genre et sociétés*, n° 15, avril 2006, p. 70 : « Comment en effet affirmer, en France, un principe d'égalité de rémunération si les femmes, d'une part, n'ont pas le droit de vote et surtout, n'ont pas la liberté de travailler ? ».

¹¹⁹⁴ Arrêté du 30 juillet 1946 sur l'abrogation des dispositions relatives aux abattements autorisés pour les salaires féminins, *JORF* du 3 août 1946, p. 6897.

¹¹⁹⁵ Convention n° 100 de l'OIT sur l'égalité de rémunération, adoptée le 29 juin 1951 et entrée en vigueur le 23 mai 1953. Le législateur a intégré cette obligation dans la loi du 11 février 1950, en prévoyant que les conventions collectives nationales devaient contenir obligatoirement « les modalités d'application du principe "à travail égal, salaire égal", pour les femmes et les jeunes » mais seulement pour les taux de salaire minimum, maintenant dès lors la liberté de l'employeur dans la fixation des salaires (article 31-g de la loi du 11 février 1950, *JORF* du 12 février 1950, p. 1689).

¹¹⁹⁶ Si le principe d'égalité des rémunérations est inscrit dans le chapitre relatif à la politique sociale, son objectif est avant tout d'éviter que les salaires féminins moins élevés ne concurrencent les salaires masculins plus élevés. En particulier, les pays comme la France – à l'initiative de cette disposition – ayant intégré la Convention n° 100 de l'OIT, craignaient la concurrence des pays qui n'avaient pas ratifié cette Convention, comme l'Italie (LANQUETIN Marie-Thérèse, « Chronique juridique des inégalités de salaires entre les femmes et les hommes », *op. cit.*, p. 75).

¹¹⁹⁷ Article 119 du Traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

¹¹⁹⁸ CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, C-43/75, point 39 : « L'article 119 ayant un caractère impératif, la prohibition de discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes les conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers ».

¹¹⁹⁹ Il impose, cette fois-ci, expressément aux employeurs, sous le contrôle de l'inspection du travail, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, et partant, l'interdiction de prendre en compte le critère du sexe dans la rémunération de leurs salariés sous peine de nullité de la disposition du contrat concernée (loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, *JORF* du 24 décembre 1972, p. 13411 : « Tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes »).

sanctions assez efficaces pour limiter réellement « la liberté du chef d'entreprise »¹²⁰⁰, certains auteurs ne manquant pas de qualifier cette loi de « révolutionnaire... ou inutile »¹²⁰¹. Surtout, la problématique essentielle liée à l'égalité de rémunération, à savoir ce que recouvre la notion de « travail de valeur égale », n'est pas résolue par la loi de 1972, ce qui rend difficile la sanction d'éventuelles discriminations fondées sur le sexe.

392. À l'inverse de la notion de « rémunération », qui est assez bien déterminée, de façon large en dépassant le simple salaire, par le législateur de 1972¹²⁰² et par la jurisprudence de la Cour de justice¹²⁰³, celle de « travail de valeur égale » demeure imprécise¹²⁰⁴. Elle détient pourtant un potentiel plus important que celle de « même travail » pour lutter contre les discriminations¹²⁰⁵. La notion de « même travail » est en effet réductrice, car elle ne permet d'établir des discriminations que dans les cas où les emplois sont mixtes¹²⁰⁶. La notion de « travail de valeur égale » recouvre quant à elle des situations plus larges et permet de comparer des emplois non identiques, bien qu'elle reste tout de même difficile à appréhender¹²⁰⁷. L'interprétation de cette notion conduit à laisser un grand pouvoir d'appréciation aux juges qui déterminent au cas par cas, *in concreto*, la notion de « travail de valeur égale », sans forcément s'attacher au système de classification opérée par les conventions collectives¹²⁰⁸. Ainsi, le droit national¹²⁰⁹ et le droit communautaire¹²¹⁰

¹²⁰⁰ LANQUETIN Marie-Thérèse, « Chronique juridique des inégalités de salaires entre les femmes et les hommes », *op. cit.*, p. 73.

¹²⁰¹ LAUFER Jacqueline, *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, Paris, La Découverte, 2014, p. 24.

¹²⁰² Article 1^{er} de la loi du 22 décembre 1972, devenu l'article L. 3221-3 du Code du travail : « Constitue une rémunération, au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en l'espèce ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ».

¹²⁰³ VERKINDT Pierre-Yves, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », *op. cit.*, p. 1051. Outre les pensions de retraite, déjà appréhendées comme des rémunérations, la Cour de justice a estimé que les avantages futurs (CJCE, 9 févr. 1982, *Garland*, C-12/81) ou encore les indemnités versées lors de la rupture d'un contrat (CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88) constituaient des rémunérations au sens du droit communautaire.

¹²⁰⁴ MICOU Evelyne, *L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels*, *op. cit.*, p. 132.

¹²⁰⁵ Contrairement à l'article 119 du Traité qui ne visait que la notion de « même travail », la directive européenne du 10 février 1975 renvoie à la notion de « travail pour lequel est attribué une valeur égale », notion que la loi du 13 juillet 1983 reprend et tend à définir (article 5 de la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, *JORF* du 14 juillet 1983, p. 2177 : « Sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées à un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse »).

¹²⁰⁶ ROTKOPF Patricia, *Le principe de non-discrimination en raison du sexe*, *op. cit.*, p. 92.

¹²⁰⁷ AUBERT-MONPEYSSSEN Thérèse, « Principe "à travail égal, salaire égal" : quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 30, 26 juillet 2007, p. 1960 : « La notion de "travail égal" ou de "travail de valeur égale" pose une exigence d'évaluation, or nos outils juridiques sont trop imprécis pour donner l'exacte valeur du travail considéré : l'ambiguïté tient tout d'abord au terme "travail" qui se réfère à la fois aux caractéristiques de l'emploi occupé et à la prestation fournie par le salarié ; elle tient ensuite à la notion de travail de "valeur égale", qui ne signifie nullement qu'on est en présence, de "postes de travail identiques" ou équivalents mais qui renvoie à des emplois de même classification ou de même coefficient, c'est-à-dire à des emplois ayant fait l'objet d'une évaluation les mettant à égalité dans les grilles de salaires ».

¹²⁰⁸ CJCE, 26 juin 2001, *Brunnhofer*, C-381/99. Le classement de deux emplois dans la même catégorie professionnelle aux termes de la convention collective n'est pas un élément suffisant pour conclure à un travail de valeur égale. « En effet, en tant qu'indices, les indications générales figurant dans la convention collective doivent, en tout état de cause, être corroborées par des facteurs précis et concrets déduits des activités effectivement exercées par les travailleurs concernés » (point 47).

¹²⁰⁹ Cass. soc., 12 février 1997, *SARL USAI Champignons c. Mme Fabienne Douarre et Véronique Dandel*, n° 95-41694 et n° 95-41695. Dans cette affaire, la Cour de cassation confirme la solution retenue par les juges du fond, qui ont considéré comme étant de valeur égale dans une même entreprise, les emplois de manutentionnaires triant des champignons – occupé par des femmes – et

admettent que « l'égalité de traitement puisse être requise alors même que les tâches exercées ne sont pas les mêmes »¹²¹¹. Il reste que l'employeur, même dans le cas de fonctions identiques, peut justifier aisément une inégalité de traitement en matière de rémunération en démontrant des différences liées aux fonctions, comme des charges de responsabilité particulières¹²¹², une technicité spécifique du poste¹²¹³, ou tenant au profil des salariés, telles que l'ancienneté¹²¹⁴, la formation¹²¹⁵ ou encore la performance¹²¹⁶. Le jeu de la comparaison entre deux fonctions ou entre deux profils de salariés permet donc à l'employeur, par son large éventail de justifications, de montrer que l'inégalité de rémunération est fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

393. De plus, le fait que l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes ne soit qu'une application de la règle « à travail égal, salaire égal », comme l'affirme la Cour de cassation dans l'arrêt *Ponsolle* de 1996¹²¹⁷, conduit à détacher l'égalité de rémunération de la logique strictement antidiscriminatoire¹²¹⁸. Ces deux exigences font d'ailleurs l'objet de dispositions distinctes dans le Code du travail¹²¹⁹ et correspondent à deux mécanismes différents¹²²⁰. En effet, la logique de la non-discrimination suppose qu'hommes et femmes se trouvent dans des situations identiques. Dès lors, si un traitement juridique différent constitue une discrimination illégitime, c'est parce qu'il est fondé sur un motif prohibé : dans ce cas, la preuve de la similitude de situation n'a pas à être rapportée, car hommes et femmes sont précisément présumés être dans des situations identiques. Au contraire, l'établissement de la rupture d'égalité en matière de rémunération nécessite d'abord d'adopter une démarche comparative, en prouvant que le travailleur masculin et le travailleur féminin se trouvent dans un emploi similaire, dans une

des emplois de manutentionnaires transportant les caisses des champignons – occupé par des hommes, alors que ces emplois ne recouvraient pas des fonctions identiques. L'employeur n'a pas démontré que la plus grande pénibilité du poste de transporteur justifiait une rémunération plus importante (voir LANQUETIN Marie-Thérèse, « Contrat de travail. Égalité de rémunération entre hommes et femmes », *Droit social*, 1997, p. 526).

¹²¹⁰ Directive 2000/54 CE du 5 juillet 2006, point 9 : « Pour apprécier si les travailleurs exercent un même travail ou un travail de valeur égale, il convient de rechercher si, compte tenu d'un ensemble de facteurs, tels que la nature du travail, les conditions de formation et les conditions de travail, ces travailleurs peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable ».

¹²¹¹ ZIENTARA-LOGEAY Sandrine, « L'égalité de rémunération entre hommes et femmes : une avancée significative », *Droit social*, 2010, p. 1076.

¹²¹² Cass. soc., 11 janvier 2005, n° 03-15.258.

¹²¹³ Cass. soc., 8 janvier 2003, n° 00-41.228.

¹²¹⁴ CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, C-109/88, point 24.

¹²¹⁵ CJCE, 11 mai 1999, *Angestell*, C-309/97, point 21.

¹²¹⁶ AUBERT-MONPEYSSSEN Thérèse, « Principe "à travail égal, salaire égal" : quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *op. cit.*, p. 1960.

¹²¹⁷ Cass. soc., 29 octobre 1996, *D.* 1998.259.

¹²¹⁸ AUBERT-MONPEYSSSEN Thérèse, « Principe "à travail égal, salaire égal" : quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *op. cit.*, p. 1960 : « Un comportement peut être jugé discriminatoire même si le résultat qu'il poursuit n'est pas atteint [...]. Une règle d'égalité appelle nécessairement la comparaison de deux situations, elle postule un résultat ».

¹²¹⁹ Le principe général de non-discrimination est énoncé à l'article L. 1132-1 du Code du travail et comprend la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe ; l'article L. 1142-1 est relatif à l'égalité professionnelle entendue comme l'interdiction de la prise en compte du critère du sexe par l'employeur ; l'article L. 3221-2 traite précisément de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes.

¹²²⁰ VERKINDT Pierre-Yves, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », *op. cit.*, p. 1051.

situation identique. En somme, la preuve du traitement différencié ne suffit pas, il faut aussi prouver l'identité de situation entre les salariés. La preuve d'une discrimination en matière de rémunération implique donc d'établir d'abord une rupture de la règle « à travail égal, salaire égal » en démontrant une identité de situation en matière de travail – indépendamment du sexe – pour ensuite pouvoir établir que, « toutes choses égales par ailleurs », le critère du sexe a conduit à la différence de traitement. La reconnaissance d'une inégalité de rémunération exige ainsi une démarche plus complexe, qui s'apparente davantage à un contrôle d'égalité de la part des juges¹²²¹. L'exigence d'indifférenciation imposée par la loi aux employeurs et aux partenaires sociaux¹²²² a néanmoins par la suite été généralisée comme exigence de non-discrimination à l'embauche et aux différents stades de la relation de travail¹²²³.

394. **L'interdiction des discriminations étendue à l'embauche et à la relation de travail.**

Le droit international a une fois de plus été précurseur sur cette question, en faisant du critère du sexe un motif explicitement discriminatoire en matière d'accès à l'emploi et des conditions d'emploi, imposant aux États parties de prendre des mesures afin de contraindre les employeurs à respecter cette exigence¹²²⁴. Cette interdiction est, en premier lieu, insérée en partie dans le Code pénal par la loi du 11 juillet 1975, qui prévoit désormais à l'article 416 que le refus d'embauche ou les offres d'emplois fondés sur le sexe sont passibles de sanctions pénales sauf pour « motif légitime », ce qui tend à réduire la portée de cette disposition¹²²⁵. En revanche, la loi ne prévoit à ce stade rien quant à l'interdiction la prise en compte du critère du sexe dans les relations de travail, notamment dans le Code du travail. Ce dernier est uniquement modifié afin de prohiber la prise en compte par l'employeur de la grossesse des salariées, pour refuser de les embaucher, résilier leur contrat de travail au cours d'une période d'essai ou prononcer une mutation d'emploi¹²²⁶. Au regard des débats parlementaires, cette loi a en effet essentiellement pour objectif la protection des femmes enceintes, catégorie particulièrement vulnérable, contre les discriminations au travail, afin de permettre à ces dernières de concilier pleinement leur maternité

¹²²¹ VERKINDT Pierre-Yves, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », *op. cit.*, p. 1051 : « L'égalité de rémunération implique donc une comparaison de deux rémunérations, mais doit être rapportée à une autre égalité, appréciée cette fois au regard de l'activité des personnes dont il convient de comparer la rémunération ».

¹²²² Article 3221-7 du Code du travail : « Est nulle de plein droit toute disposition figurant notamment dans un contrat de travail, une convention ou accord collectif de travail, un accord de salaires, un règlement ou barème de salaires [...] qui comporte, pour un ou des salariés de l'un des deux sexes, une rémunération inférieure à celle des salariés de l'autre sexe pour un même travail ou un travail de valeur égale ».

¹²²³ MINÉ Michel, COSTE Christine, « Droit et discrimination sexuelle au travail », *op. cit.*, p. 99 : « Le principe d'égalité professionnelle entre les sexes a été ainsi étendu, au-delà du principe de l'égalité de rémunération affirmé par une loi de 1972, à tous les stades et dans tous les domaines des relations de travail ».

¹²²⁴ Convention n° 111 de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession), adoptée le 25 juin 1958 et entrée en vigueur le 15 juin 1960.

¹²²⁵ Article 11-3 de la loi n° 75-625 du 11 juillet 1975, *JORF* du 13 juillet 1975, p. 7226.

¹²²⁶ Article 2 de la loi du 11 juillet 1975, insérant un nouvel article L. 122-25 dans le Code du travail. Cette prohibition implique l'interdiction pour les employeurs de rechercher des informations concernant l'état de grossesse de ses salariées, et le droit pour la femme candidate à un emploi de ne pas révéler son état de grossesse à l'employeur.

avec leur activité professionnelle¹²²⁷, protection qui a été par la suite renforcée et étendue¹²²⁸. Il n'est dès lors pas encore question, dans la loi de 1975, d'interdire la prise en compte du critère du sexe dans toutes les relations de travail, mais plutôt de ne protéger des discriminations qu'une catégorie de travailleuses : celles qui remplissent la fonction sociale dévolue traditionnellement aux femmes, la maternité.

395. Le législateur s'est par la suite départi de cette approche limitée, sous l'impulsion du droit communautaire et en particulier de la directive européenne 76/207/CEE de 1976. Celle-ci définit l'égalité de traitement et l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe de façon très large, à la fois dans l'accès à l'emploi, à la formation professionnelle et dans les conditions de travail¹²²⁹. La loi Auroux de 1982 marque ainsi une étape essentielle en inscrivant, dans le Code du travail l'article L. 122-45 (devenu l'article L. 1132-1), qui dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié notamment en raison de son sexe¹²³⁰. Dans le même sens, la loi Roudy de 1983 se départit d'une approche strictement pénale ou limitée à la grossesse et à la maternité des discriminations touchant les femmes en matière d'emploi¹²³¹. Elle étend ainsi significativement le champ d'application de la prohibition de la prise en compte du sexe dans les relations de travail à l'ensemble de la carrière, extension qui est ensuite été renforcée en 2001¹²³² par la modification de l'article L. 122-45 du Code du travail¹²³³. Surtout, la loi Roudy affirme le principe de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, clairement interprété comme impliquant avant tout une indifférenciation des pratiques des employeurs au regard du sexe, en somme, comme

¹²²⁷ Voir par exemple l'intervention du ministre du Travail Michel Durafour, lors de la séance du 22 avril 1975 à l'Assemblée nationale, p. 1931.

¹²²⁸ En ce sens, la loi n° 78-730 du 12 juillet 1978, complétant celle du 30 décembre 1966 (n° 66-1044) et complétée par celle du 17 juillet 1980 (n° 80-545) interdit à l'employeur de résilier le contrat de travail, de licencier une salariée en état de grossesse médicalement constaté et pendant une période de quatorze semaines suivant l'accouchement, sauf s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée ou d'une impossibilité de maintenir le contrat pour une raison autre que l'état de grossesse. Le principe de l'interdiction de licencier les salariées enceintes est également affirmé par l'article 10 de la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992. Le principe de non-discrimination est étendu par la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'affaire *Thibault* du 30 avril 1998 (C-136/95), dont la solution est reprise par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 juillet 1998 (n° 90-41231). Sur la question de la discrimination fondée sur la grossesse, voir les développements ultérieurs (cf. partie II, titre I, chapitre I).

¹²²⁹ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976. L'exigence de non-discrimination est ainsi prévue en matière d'accès à l'emploi, y compris la promotion (article 1), d'embauche (article 3), de formation professionnelle (article 4), de conditions de travail, y compris le licenciement (article 5).

¹²³⁰ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *JORF* du 6 août 1982, p. 2519.

¹²³¹ Elle crée un chapitre dans le Code du travail consacré à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et insère l'article L. 123-1 spécifique à la non-discrimination en raison du sexe, dont le non-respect est susceptible d'entraîner des sanctions pénales prévues à l'article L. 152-1 du Code du travail. Ces dispositions complètent ainsi l'article L. 122-45 du Code du travail, relatif à la sanction et au licenciement, en interdisant la prise en considération du critère du sexe dans les offres d'emplois et lors des recrutements (article 1^{er} de la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983, créant l'article L. 123-1 a) et b) du Code du travail). Toutefois, l'accès à l'emploi peut être limité à l'un ou l'autre lorsque pour les emplois et activités professionnelles « pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante », ainsi qu'en matière « de rémunération, de formation, de qualification, de classification et de promotion professionnelle » (article L. 123-1 c) du Code du travail). De même, le législateur supprime de l'article 416 du Code pénal la possibilité pour un employeur de se fonder sur un « motif légitime » pour refuser d'embaucher ou licencier une personne en raison de son sexe.

¹²³² ROTKOPF Patricia, Le principe de non-discrimination en raison du sexe, *op. cit.*, p. 120.

¹²³³ Article 1^{er} de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

imposant une exigence de non-discrimination aux employeurs¹²³⁴ – même si ce principe ne se limite pas à cette seule interprétation¹²³⁵. Cette interprétation de l'égalité professionnelle comme non-discrimination a également conduit à remettre en cause les dispositions spécifiques aux femmes dans les conventions collectives.

396. La suppression des avantages réservés aux femmes dans les conventions collectives. À l'instar des employeurs, les partenaires sociaux se sont vus imposer par le législateur l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe¹²³⁶. Le principe de non-discrimination tel qu'interprété par les instances communautaires a là encore abouti à remettre en cause les droits spécifiques des femmes contenus dans les conventions collectives. En effet, si le législateur de 1983 permet le maintien en vigueur des dispositions ouvrant des droits particuliers pour les femmes¹²³⁷, cette faculté a cependant été contestée par la Commission européenne qui a introduit un recours contre la France devant la Cour de justice des Communautés européennes. Selon la Commission, dont le raisonnement est confirmé par la Cour de justice, les mesures concernant la protection de la grossesse et de la maternité peuvent constituer des exceptions à l'égalité de traitement prévue par la directive. En revanche, les mesures adoptées de façon générale, pour une période indéfinie, visant à protéger les femmes «dans leur qualité de travailleurs âgés ou de parents»¹²³⁸ sont contraires à l'égalité de traitement, en ce que les travailleurs masculins remplissent également ces qualités. La question du maintien de tels avantages dans les conventions collectives est en outre laissée à la libre appréciation des partenaires sociaux lors des négociations collectives ; or, la Cour estime qu'il revient au législateur d'imposer aux partenaires sociaux de renégocier dans le but d'abroger ces dispositions discriminatoires. Le principe de non-discrimination est là encore interprété comme l'obligation, pour le législateur, d'imposer aux différents acteurs impliqués dans la création de droits en

¹²³⁴ Voir l'intervention du député Philippe Bassinet, lors de la séance du 6 décembre 1982 à l'Assemblée nationale, p. 7983 : « Le projet de loi a donc tout naturellement pour ambition première d'améliorer la législation pour systématiser l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe et de préciser ce qu'est l'égalité professionnelle ».

¹²³⁵ En effet, l'autre objectif de la loi est de mettre en œuvre une « égalité des chances », une égalité compensatrice, impliquant la création d'actions positives, qu'il s'agira d'étudier ultérieurement. Voir par exemple de la députée Marie-France Lecoq, lors de la séance du 8 décembre 1982, p. 7979 : « A l'interdiction de discrimination, principe négatif, s'ajoute le principe positif d'égalité des droits [...]. Partir des réalités et vouloir obtenir des résultats oblige donc à adopter des mesures inégalitaires transitoires qui découlent du principe même d'égalité ».

¹²³⁶ L'article L. 123-2 du Code du travail, introduit par la loi Roudy du 13 juillet 1983, vise ainsi à interdire, sous peine de nullité, l'insertion de toute clause, dans une convention collective ou un accord collectif, qui réserverait un bénéfice d'une mesure à des salariés en considération de leur sexe. Cette disposition tend ainsi à transposer l'article 5 b) de la directive européenne du 9 février 1976, qui impose aux États membres de prendre des mesures, afin que soient annulées « les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les conventions collectives ».

¹²³⁷ Article 19 de la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983. Par exemple, « la réduction du temps de travail pour les femmes âgées de 59 ans, l'avancement de l'âge de la retraite, l'obtention de congés pour enfants malades, l'octroi de jours supplémentaires de congé annuel par enfant, l'octroi d'un jour de congé le jour de la fête des mères, des pauses journalières pour les femmes travaillant sur matériel mécanique ou occupées comme dactylographes ou standardistes ; l'octroi de bonification pour le calcul de la retraite, à partir du deuxième enfant, le versement de prime aux mères de famille ayant à exposer des frais de crèche ou de garde » (CJCE, 25 octobre 1988, *Commission c. France*, C-312-86, point 8).

¹²³⁸ Arrêt précité, point 14.

matière d'emploi la prohibition de la prise en compte du critère du sexe dans leurs pratiques. La Cour de cassation est venue relayer cette remise en cause des avantages sociaux bénéficiant aux seules femmes dans les conventions collectives¹²³⁹.

397. Par conséquent, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a d'abord été construite comme une interdiction des discriminations ou, autrement dit, comme une exigence d'indifférenciation des relations de travail au regard du sexe. Il est certain que le législateur a dépassé cette logique d'interdiction qui sous-tend le principe de non-discrimination pour imposer aux employeurs¹²⁴⁰ et aux partenaires sociaux¹²⁴¹ de lutter, de façon préventive, contre les causes structurelles des discriminations au sein des entreprises. Le législateur est allé au-delà de la simple prohibition « négative » des comportements discriminatoires, pour réformer les entreprises de façon « positive », par exemple en remettant en cause l'organisation d'un système de rémunération dans une entreprise dans une logique préventive¹²⁴². Mais il reste que l'objectif premier attribué à l'égalité professionnelle, même à travers la logique préventive, tend à l'indifférenciation des pratiques des employeurs et des partenaires sociaux au regard du sexe, par l'affirmation d'une exigence qui n'a cessé de s'étendre pour concerner aujourd'hui tous les stades de la relation de travail. En tant que « principe », la non-discrimination tend de surcroît à s'étendre au-delà du champ de l'emploi pour s'imposer aux relations entre personnes privées ou entre personnes publiques et privées en matière d'accès et de fourniture de biens et de services.

¹²³⁹ Par exemple, dans un arrêt de 2011, elle a estimé que l'attribution d'un congé « des mères de famille », institué par la convention collective de la métallurgie du Gard et de la Lozère, visant à permettre la prise en charge des enfants, ne pouvait pas bénéficier uniquement aux femmes. En effet, un tel congé ne visait pas à « protéger la maternité ou à corriger une inégalité de fait affectant les femmes en matière d'emploi ou de promotion professionnelle ». Il n'y avait donc, au regard du principe d'égalité de rémunération prévu à l'article 157 du TFUE, aucune justification légitime pour refuser d'ouvrir ce congé aux hommes, étant eux-mêmes capables d'assurer la garde de leurs enfants (Cass., soc., 4 mai 2011, n° 09-72206).

¹²⁴⁰ Cette évolution est indéniable, et ce dès la loi Roudy de 1983, qui impose aux employeurs l'élaboration annuelle d'un rapport « sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise », incitant l'employeur à prendre des mesures en faveur de l'égalité professionnelle (article 10 de la loi du 13 juillet 1983, insérant l'article L. 432-3-1 du Code du travail).

¹²⁴¹ L'article L. 123-4 du Code du travail prévoit dès 1983 la faculté pour les partenaires sociaux de négocier un plan pour l'égalité professionnelle au niveau des branches et des entreprises, négociation devenue obligatoire avec la loi de 2001 (article 7 de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001, modifiant l'article 132-12 du Code du travail : « Les organisations visées au premier alinéa se réunissent pour négocier tous les trois ans sur les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées ») et qui tend à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes en trois ans avec la loi de 2006 (article 3 de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006, insérant l'article L. 132-12-3 du Code du travail). La négociation n'est plus une simple faculté, l'absence d'engagement de la négociation par l'employeur étant sanctionné pénalement depuis 2010 (article 99 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites).

¹²⁴² AUBERT-MONPEYSSSEN Thérèse, « Principe "à travail égal, salaire égal" : quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *op. cit.*, p. 1960 : « Pour ce qui est de l'organisation de l'entreprise, une règle de non-discrimination salariale demeure au stade d'une règle d'interdiction. C'est une simple obligation négative. Elle impose à l'employeur d'écarter de son système de rémunération tout élément pouvant entraîner une différence fondée sur des motifs illicites [...]. Une règle d'égalité salariale est beaucoup plus contraignante pour l'employeur. Il s'agit d'une obligation positive. Elle met à sa charge l'obligation de prendre des mesures de nature à assurer l'égalité. C'est l'ensemble de son système de rémunération qu'il doit désormais organiser selon cette exigence. Cela le soumet à une obligation de justification ».

II. L'extension de l'exigence de non-discrimination aux fournisseurs d'accès aux biens et aux services

398. Si l'emploi demeure le principal domaine au sein duquel a été construit le principe de non-discrimination en raison du sexe, aussi bien en droit du travail qu'en droit de la fonction publique, le champ d'application de ce principe a été élargi à d'autres droits économiques et sociaux, notamment en matière d'accès aux biens et aux services¹²⁴³, même si la portée de cette exigence reste beaucoup plus faible qu'en matière d'emploi. La loi du 11 juillet 1975 avait déjà introduit à l'article 416 du Code pénal l'interdiction faite à « toute personne fournissant ou offrant de fournir un bien ou un service » de le refuser, à raison du sexe de celui ou celle qui le requiert, sous peine de sanctions pénales¹²⁴⁴. Toutefois, comme en matière d'emploi, la loi de 1975 a été peu « respectée »¹²⁴⁵ et l'interdiction a de nouveau été réaffirmée par la loi du 27 mai 2008¹²⁴⁶, sous la contrainte d'une directive européenne de 2004 relative à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en dehors du marché du travail, transposée par la France avec un retard de six mois¹²⁴⁷. Cette réforme a conduit à préciser les contours de l'interdiction de la prise en compte du sexe par les fournisseurs d'accès aux biens et aux services. Toutefois, ni le législateur français ni la directive européenne n'ont été aussi loin dans l'exigence d'indifférenciation que lors des réformes relatives à l'égalité professionnelle (A). La Cour de justice a malgré tout affirmé une interprétation plus stricte de l'égalité de traitement dans l'accès aux biens et aux services, imposant l'exigence d'indifférenciation (B).

A. La portée limitée du principe de non-discrimination en raison du sexe dans l'accès aux biens et aux services

399. L'affirmation du principe de non-discrimination en raison du sexe dans l'accès aux biens et aux services en droit français demeure encore incertaine pour plusieurs raisons : non seulement la notion d'égal accès demeure indéterminée notamment car elle reste très peu mobilisée devant

¹²⁴³ Voir l'intervention de la sénatrice Françoise Herneron, lors de la séance du 9 avril 2008 au Sénat : « C'est l'emploi qui cristallise le plus grand nombre de pratiques discriminatoires, mais les discriminations concernent également les biens et les services privés, l'éducation ou le logement. Elles se manifestent donc dans tous les domaines de la vie ».

¹²⁴⁴ Article 11 de la loi n° 75-625 du 11 juillet 1975.

¹²⁴⁵ Voir l'intervention de la députée Colette Chaigneau, lors de la séance du 6 décembre 1982, p. 7989 : « Pas plus que la loi de 1972, la loi de 1975 sur l'égalité d'embauche n'a été et ne peut être respectée ».

¹²⁴⁶ Article 2-4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

¹²⁴⁷ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services. La compétence du droit communautaire en matière de discrimination a été élargie lors de la signature du Traité d'Amsterdam le 2 octobre 1999 par l'adoption de l'article 13 du TCE (ex-article 6 A et devenu aujourd'hui l'article 19 du TFUE) prévoyant une clause générale de non-discrimination.

les juridictions et ne fait donc que peu l'objet d'interprétation¹²⁴⁸ ; mais de surcroît, son champ d'application a été limité et le principe même fait l'objet de nombreuses dérogations potentielles.

400. **La question du champ d'application et des dérogations à la non-discrimination dans l'accès aux biens et aux services.** Au regard des termes de la directive 2004/113/CE, l'exigence de non-discrimination est susceptible de couvrir un champ assez large, puisqu'elle s'applique « à toutes les personnes fournissant des biens et services qui sont à la disposition du public indépendamment de la personne concernée, tant pour le secteur public que le secteur privé y compris les organismes publics, et qui sont offerts en dehors de la sphère de la vie privée et familiale, ainsi qu'aux transactions qui se déroulent dans ce cadre »¹²⁴⁹. Dès lors, pratiquement toutes les personnes, qui, hors du cadre de la vie privée, offrent un bien ou un service contre une rémunération – dans le cadre d'une activité commerciale, artisanale ou de profession libérale – se voient imposées l'interdiction de prendre en compte le critère du sexe dans leurs pratiques¹²⁵⁰. La neutralité des fournisseurs d'accès aux biens et aux services quant au sexe des usagers ou des clients trouve par exemple à s'appliquer s'agissant de l'accès au logement¹²⁵¹, aux bâtiments publics, aux transports, aux soins de santé, à la justice, aux souscriptions d'assurance, aux commerces, aux banques, aux activités sportives, aux lieux de loisirs (bars, restaurants, boîtes de nuit) ou encore aux lieux de vacances¹²⁵².

401. Cependant, certains champs ne sont pas couverts par la directive 2004/113/CE, tels que l'éducation ou les médias, ce qui a suscité de nombreux débats au sein du Parlement sur la question de savoir si le droit français devait également exclure ces domaines de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe. En effet, le projet de loi de 2008 a repris l'exclusion de ces domaines de son champ d'application¹²⁵³, ce qui a été contesté par une partie des parlementaires. Ceux-ci ont estimé en effet qu'une telle exclusion conduisait à remettre en cause le principe de

¹²⁴⁸ La question de la détermination de ce que recouvre la notion « d'accès » aux biens et aux services n'a pas été débattue par les parlementaires. En effet, la discrimination dans « l'accès » aux biens et aux services renvoie-t-elle au refus de fournir un bien ou un service à des femmes ou à des hommes en raison de leur sexe ? Ou bien signifie-t-elle un accès inégal selon que l'utilisateur ou le client est un homme ou une femme ? Dans ce dernier cas, par exemple, la tarification différenciée selon le sexe imposée par les salons de coiffure ou encore la gratuité de l'accès aux boîtes de nuit pour les femmes pourraient être qualifiées de discriminatoires. La non-discrimination dans l'accès aux biens et aux services implique-t-elle uniquement l'accès des femmes comme des hommes à ces biens et services ou bien que cet accès s'effectue dans les mêmes conditions pour les femmes et les hommes ? La question n'est abordée ni par le législateur ni par le juge.

¹²⁴⁹ Article 3 de la directive 2004/113/CE.

¹²⁵⁰ FRIBERGH Erik, KJAERUM Morten, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, 2010, p. 87.

¹²⁵¹ L'article 1^{er} de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, modifié par l'article 158 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, dispose déjà qu'aucune « personne ne peut se voir refuser la location d'un logement en raison de [...] son sexe ».

¹²⁵² Circulaire interministérielle DPM/ACI 2 n° 2001-526 du 30 octobre 2001 relative à la relance et à la consolidation du dispositif 114-CODAC d'accès à la citoyenneté et de lutte contre les discriminations.

¹²⁵³ Article 2-4 du projet de loi enregistré à l'Assemblée nationale le 19 décembre 2007 : « Cette interdiction, conformément à la directive 2004/113/CE, ne vaut pas pour le contenu des médias et de la publicité, et ne fait pas non plus obstacle à ce que soient organisés des enseignements qui regroupent les élèves en fonction de leur sexe ».

mixité scolaire¹²⁵⁴ et aboutissait à encourager les discriminations sexistes dans le contenu des médias et notamment dans la publicité¹²⁵⁵. Le législateur de 2016 est néanmoins intervenu pour étendre expressément le champ d'application des discriminations fondées sur le sexe à la protection sociale, la santé, les avantages sociaux et l'éducation¹²⁵⁶, dépassant ainsi le strict champ des biens et des services.

402. Toutefois, si la question des limites du champ d'application du principe de non-discrimination dans l'accès aux biens et aux services a été en partie réglée en 2016, des dérogations à ce principe sont toujours prévues lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens mis en œuvre sont nécessaires et appropriés. Ainsi, contrairement au domaine de l'emploi où les dérogations au principe d'égal accès sont strictement définies, le nombre de dérogations à l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe dans l'accès aux biens et aux services est indéfinissable et donc susceptible d'être important. La directive¹²⁵⁷ et le Code pénal¹²⁵⁸ prévoient néanmoins un certain nombre d'exemples de dérogations qui sont considérées comme justifiées, par exemple au regard de la protection des femmes, de la liberté d'association ou de l'organisation d'activités sportives.

403. Par conséquent, si la directive de 2004 et la loi de 2008 reconnaissent l'interdiction de la prise en compte du sexe dans l'accès aux biens et aux services, ce principe est d'ores et déjà potentiellement limité dans son application. Sans doute la possibilité faite aux fournisseurs d'accès aux biens et aux services de déroger facilement à ce principe sur le fondement d'un motif légitime conduit-elle à vider considérablement la règle de son contenu et à expliquer sa faible occurrence au sein du contentieux. Cette faible application du principe est particulièrement significative en matière d'accès aux services publics.

¹²⁵⁴ Voir s'agissant de l'éducation, l'intervention de la sénatrice Annie David lors de la séance du 9 avril 2008 au Sénat, qui évoque « la généralisation [par la loi] du principe de discrimination en fonction du sexe dans le milieu scolaire ».

¹²⁵⁵ Le travail parlementaire a néanmoins conduit à retirer l'exception relative aux médias – en dépit de l'intervention de Nadine Morano souhaitant la maintenir afin d'articuler le principe de non-discrimination avec la liberté d'expression. En revanche, le champ d'éducation demeure exclu du principe de non-discrimination, les parlementaires ayant été majoritairement en faveur de la liberté de l'enseignement et de la faculté d'organiser des enseignements séparés selon le sexe dans les écoles privées.

¹²⁵⁶ Article 86 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle modifiant l'article 2-3 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008. Avant 2016, seules les discriminations en raison de la race ou de l'ethnie étaient interdites dans ces domaines. La loi de 2016 étend l'interdiction à tous les critères de discrimination visés à l'article 1^{er} de la loi de 2008.

¹²⁵⁷ Point 16 de la directive 2004/113/CE : « Les différences de traitement ne peuvent être acceptées que lorsqu'elles sont justifiées par un objectif légitime. Peuvent par exemple être considérées comme un objectif légitime la protection des victimes de violences à caractère sexuel (dans le cas de la création de foyers unisexes), des considérations liées au respect de la vie privée et à la décence (lorsqu'une personne met à disposition un hébergement dans une partie de son domicile), la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes (par des organismes bénévoles unisexes par exemple), la liberté d'association (dans le cadre de l'affiliation à des clubs privés unisexes) et l'organisation d'activités sportives (par exemple de manifestations sportives unisexes) ».

¹²⁵⁸ Article 225-3-4 du Code pénal : « Les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables : aux discriminations fondées, en matière d'accès aux biens et services, sur le sexe lorsque cette discrimination est justifiée par la protection des victimes de violences à caractère sexuel, des considérations liées au respect de la vie privée et de la décence, la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes, la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives ».

404. **Un principe peu invoqué en matière d'égal accès aux services publics.** La règle de non-discrimination en raison du sexe dans l'accès aux biens et aux services peut être considérée comme une application « négative » du principe d'égalité devant le service public, reconnu aux usagers par le juge administratif¹²⁵⁹, en ce qu'ils tendent tous deux, en principe, à imposer à l'administration l'indifférenciation dans le traitement ses usagers¹²⁶⁰. Mais la non-discrimination implique que cette indifférenciation s'effectue au regard de critères précis, tels que le sexe, alors que le principe d'égalité laisse au juge l'appréciation des différences de situation considérées comme illégitimes. Cependant, si la loi de 2008 reconnaît que le principe de non-discrimination en raison du sexe dans l'accès aux biens et aux services s'applique au secteur public, il a donné lieu à très peu de contentieux devant les juridictions administratives. Le Conseil d'État a uniquement appliqué le principe de non-discrimination, bien avant le législateur de 2008, en matière d'accès aux activités sportives¹²⁶¹.

405. Si la question de l'égal accès des femmes et des hommes aux biens et aux services demeure marginale, s'agissant des relations entre l'administration et les administrés, le principe de non-discrimination dans l'accès aux biens et aux services a en revanche fait l'objet d'une application particulière après 2008, dans les relations entre personnes privées. Ainsi, en matière de primes d'assurance, l'occasion a été donnée à la Cour de justice de se prononcer sur l'interprétation de ce principe, comme impliquant une indifférenciation au regard du sexe.

B. L'exigence d'indifférenciation au regard du sexe réaffirmée par la Cour de justice en matière de primes et de prestations d'assurance

406. L'arrêt *Test-Achats* rendu par la Cour de justice le 1^{er} mars 2011 ne se limite pas à sanctionner une discrimination fondée sur le sexe en matière de prestations d'assurance¹²⁶². Il conduit, bien plus, à censurer l'interprétation de l'égalité de traitement issue la directive 2004/113/CE. Celle-ci est jugée insuffisamment exigeante au regard de l'objectif

¹²⁵⁹ CE Sect., 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Rec. 151.

¹²⁶⁰ JANICOT Leatitia, « Le principe d'égalité devant le service public », *RFDA*, 2013, p. 722 : « La différence de l'usager est niée dans une logique d'universalisme "à visée intégrative". Cette logique s'inscrit dans la conception traditionnelle du service public comme "instrument de cohésion sociale" ayant une "fonction générale d'indifférenciation" ».

CE Ass., 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, Rec. 289 : « La disposition contestée a pour conséquence de faire payer à des tarifs différents le courant consommé dans les dernières semaines de l'année 1947 par les usagers, selon que leurs compteurs sont relevés avant ou après le 1^{er} janvier 1948 ; qu'il méconnaît ainsi le principe de l'égalité entre les usagers du service public ».

¹²⁶¹ Le Conseil d'État l'a d'abord reconnu de façon explicite en 1986 afin d'annuler un règlement interdisant aux femmes l'accès aux compétitions officielles de hockey sur glace, ainsi que les équipes mixtes pour les matches amicaux (CE, 27 juin 1986, *Époux Lezzorio*, n° 73596 : « Les fédérations sportives peuvent fixer les règles de composition des équipes autorisées à se rencontrer en match officiel ou amical et notamment interdire la participation à ces matches d'équipe mixtes, sans méconnaître le principe du droit à la pratique sportive pour tous posé par la loi du 16 juillet 1984 ni opérer une discrimination à l'encontre des femmes ») puis de façon plus implicite en 1994 s'agissant du refus d'autoriser l'homologation d'un record national réalisé par une femme sur une épreuve de cyclisme (CE, 4 février 1994, n° 109537. Les juges se fondent précisément sur le « principe de libre accès aux activités sportives » et sur le « principe d'égalité », mais non sur l'égalité des sexes ou la non-discrimination fondée sur le sexe).

¹²⁶² CJUE, 1^{er} mars 2011, *Association belge des consommateurs Test-Achats et a.*, C-236/09.

d'indifférenciation poursuivi par le droit de l'Union européenne et notamment par la Charte des droits fondamentaux¹²⁶³. Ainsi, pour la Cour, l'égalité de traitement « n'est pas seulement une règle, applicable *hic et nunc*, c'est aussi un objectif, un but à atteindre en procédant par étape »¹²⁶⁴. La Cour de justice a en effet imposé au législateur européen – et indirectement au législateur français – sa conception de l'égalité de traitement en sanctionnant le dispositif instauré par la directive 2004/113/CE.

407. **La différence de traitement autorisée en matière de primes d'assurance par le droit européen et le droit français.** Par dérogation au principe de non-discrimination¹²⁶⁵, l'article 5-2 de la directive de 2004 autorise les États membres à prendre en compte le sexe « en matière de primes et de prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques, sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises ». Cette dérogation a été adoptée au terme d'un compromis lors de l'examen du projet de directive, qui a permis au lobby des assureurs de faire valoir leurs intérêts à prendre en compte la différence de situation entre les sexes pour le calcul des primes d'assurance¹²⁶⁶. En effet, le système assurantiel est fondé sur la catégorisation des individus selon certains critères, qui permet de distinguer les groupes porteurs de risques, afin de pouvoir calculer les primes ou les prestations d'assurance au regard « du coût du risque dont un individu est porteur »¹²⁶⁷. Cette logique catégorielle est essentielle à la « justice actuarielle », car elle permet une certaine solidarité entre les groupes porteurs de « bons risques » et ceux porteurs de « mauvais risques »¹²⁶⁸.

408. Or, selon la logique des assureurs et de la Commission européenne, l'usage du critère du sexe comme facteur actuariel apparaît justifié et légitime car les hommes et les femmes ne sont pas égaux devant certains risques – par exemple au regard de l'espérance de vie. En somme, les différences de situation statistiques existant entre les femmes et les hommes justifient pleinement la différence de traitement en matière de tarifs de primes et de prestations d'assurance. À l'instar

¹²⁶³ En cela, « l'arrêt Test-Achats est ainsi l'un des premiers arrêts de la Cour à fonder l'appréciation de la validité d'un acte européen sur le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » (LAULOM Sylvaine, « Égalité des sexes et primes d'assurances », *Semaine sociale Lamy*, 2012, p. 1531). La Cour contrôle les dispositions de la directive 2004/113/CE au regard de l'article 21 de la Charte énonçant une clause générale de non-discrimination, et de l'article 23 de la Charte relatif à l'égalité entre hommes et femmes, applicable dans tous les domaines.

¹²⁶⁴ CALVÈS Gwénaële, « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *RDSS*, 2011, p. 645.

¹²⁶⁵ Article 5-1 de la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 : « L'utilisation du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations aux fins des services d'assurance et des services financiers connexes n'entraîne pas, pour les assurés, de différences en matière de primes et de prestations ». CALVÈS Gwénaële, « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *op. cit.*, p. 645.

¹²⁶⁶ CALVÈS Gwénaële, « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *op. cit.*, p. 645.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, p. 645.

¹²⁶⁸ MAYAUX Luc, « Coup de tonnerre : la CJUE prohibe toute discrimination fondée sur le sexe ! », *La Semaine juridique édition générale*, n° 16, 18 avril 2011, p. 465.

du législateur européen, le droit français autorise, par dérogation au principe de non-discrimination en raison du sexe dans le calcul des primes et des prestations d'assurance, la prise en compte du sexe dans l'évaluation des risques d'assurance lorsque « des données actuarielles et statistiques pertinentes et précises » montrent que le sexe est un facteur de risque déterminant¹²⁶⁹. Cependant, le système autorisé par la directive a été considéré comme portant atteinte à l'égalité de traitement par la Cour de justice dans l'arrêt de 2011, qui reprend la solution de l'avocate générale en allant toutefois plus loin dans son raisonnement.

409. **Une discrimination jugée contraire à l'exigence européenne d'identité de traitement.** L'avocate générale applique un contrôle classique, très strict, des justifications apportées au principe « fondamental » de non-discrimination entre les femmes et les hommes¹²⁷⁰. Ce contrôle implique de vérifier si la différence de traitement faite par les assureurs s'agissant du calcul des primes et des prestations est ou non justifiée par une différence de situation en matière de risques¹²⁷¹. Or, c'est justement la preuve de la différence de situation qui fait défaut pour l'avocate générale. Les statistiques sur la base desquelles sont calculées les primes et prestations d'assurance ne sont pas, selon elle, une preuve déterminante de la différence de risque entre les femmes et les hommes, car de nombreux autres facteurs jouent un rôle plus important que le sexe dans la détermination d'un risque¹²⁷². L'avocate générale condamne ici indirectement la pratique de la discrimination « statistique », c'est-à-dire le traitement individuel moins favorable d'une personne d'un sexe par rapport à l'autre sexe, en raison de son appartenance à un groupe et non en raison de son comportement individuel¹²⁷³.

410. La Cour de justice adopte une motivation différente, puisqu'elle ne s'interroge pas sur la question de la justification de la dérogation à l'égalité de traitement et ne recherche donc pas si des différences de situation entre hommes et femmes en matière de risques statistiques justifient ou non les différences de traitement fondées sur le sexe. La Cour se départit ainsi d'un contrôle

¹²⁶⁹ Article L. 111-7 du Code des assurances, auquel renvoie l'article 2-4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008. Le juge pénal a ainsi reconnu qu'une compagnie d'assurance qui réservait aux femmes certains contrats d'assurance automobile, compte du risque statistique plus faible que représentent les femmes automobilistes, ne constituait pas une discrimination au regard de l'article 416 du Code civil (Cass. crim., 8 juin 1993, n° 92-82749).

¹²⁷⁰ Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott, présentée le 30 septembre 2010, point 37 : « La justification d'une discrimination *directe* fondée sur le sexe, seul type de discrimination dont il s'agit en l'espèce, n'est cependant concevable que dans des limites très étroites et doit être motivée de manière circonstanciée. Il n'est aucunement loisible au législateur de l'Union d'autoriser des dérogations au principe de l'égalité de traitement de manière arbitraire et de vider ainsi l'interdiction de discrimination de sa substance ».

¹²⁷¹ *Ibid.*, point 60 : « Une inégalité de traitement directe fondée sur le sexe n'est licite que lorsqu'il peut être constaté avec certitude qu'il existe entre les hommes et les femmes des différences pertinentes rendant une telle inégalité de traitement nécessaire ».

¹²⁷² *Ibid.*, point 62 : « C'est par exemple, que l'espérance de vie des assurés, qui intéresse la présente affaire de manière particulière, est fortement influencée par des éléments économiques et sociaux ainsi que par les habitudes de vie de tout un chacun comme, par exemple, la nature et l'intensité de l'activité professionnelle, l'environnement familial et social, les habitudes alimentaires, la consommation de denrées d'agrément ou de drogues, les activités de loisirs, la pratique du sport ».

¹²⁷³ CALVÈS Gwénaële, « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *op. cit.*, p. 645.

d'égalité classique en affirmant simplement que « la comparabilité des situations doit être appréciée à la lumière de l'objet et du but de l'acte de l'Union qui institue la distinction en cause »¹²⁷⁴, à savoir l'article 5-2 de la directive. Elle opère un contrôle de la différence de traitement au regard de l'objectif de l'article 5 de la directive, qui conduit à exposer l'incohérence de la directive par rapport à ses propres principes¹²⁷⁵. Selon la Cour, cette incohérence réside dans le fait que la dérogation illimitée dans le temps au principe d'égalité de traitement prévu à l'article 5-2 de la directive porte atteinte de façon excessive au principe de non-discrimination en matière de primes d'assurance affirmé à l'article 5-1 de la même directive¹²⁷⁶. De plus, cette dérogation illimitée est contraire, selon la Cour, aux objectifs poursuivis par l'Union européenne, à savoir l'égalité de traitement des femmes et des hommes consacrée aux articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux, interprétée par conséquent une fois de plus comme une exigence d'indifférenciation des pratiques des assureurs au regard du sexe.

411. Il ne s'agit pas, à l'instar d'autres auteurs, d'appréhender la solution de cet arrêt sous un angle critique, en recherchant par exemple les écueils de l'application d'une égalité strictement formelle qui ne tiendrait pas compte des différences de situation de fait entre les hommes et les femmes. Ou encore de pointer les écueils liés à un potentiel « nivellement par le bas » opérés par les compagnies d'assurance à la suite de cet arrêt – aboutissant à une augmentation des tarifs d'assurance pour les femmes, par exemple en matière d'assurance automobile, dont le faible risque ne serait plus pris en compte¹²⁷⁷. Il s'agit simplement, à ce stade, de souligner l'importance de cet arrêt quant à l'interprétation du principe d'égalité de traitement entre les sexes en droit de l'Union européenne. Celui-ci impose clairement non seulement aux législateurs nationaux, mais aussi au législateur européen, un principe de non-discrimination nécessitant l'indifférenciation croissante des pratiques des acteurs publics et privés au regard du sexe.

412. Cet arrêt a du reste conduit indirectement le législateur français à opérer une modification quant aux dérogations susceptibles d'être apportées à la non-discrimination fondée sur le sexe en

¹²⁷⁴ Arrêt précité, point 29.

¹²⁷⁵ LAULOM Sylvaine, « Égalité des sexes et primes d'assurances », *op. cit.*, p. 1531.

¹²⁷⁶ Arrêt précité, point 32 : « Une telle disposition, qui permet aux États membres concernés de maintenir sans limitation dans le temps une dérogation à la règle des primes et des prestations unisexes, est contraire à la réalisation de l'objectif d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes que poursuit la directive 2004/113 et incompatible avec les articles 21 et 23 de la charte ».

¹²⁷⁷ MAYAUX Luc, « Coup de tonnerre : la CJUE prohibe toute discrimination fondée sur le sexe ! », *op. cit.*, p. 465. Ces critiques mettent également en exergue les conséquences d'une solution remettant en cause la logique assurantielle au profit d'une logique individualiste compromettant la justice actuarielle. Voir GROBON Sophie, « La décision *Test-Achats c/ Belgique*, CJUE, 1^{er} mars 2011, à l'aune de l'analyse féministe du droit : proposition de lectures d'un exemple concret », in PICHARD Marc, ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 147 : « Aller à contre-courant de la tendance à l'hypersegmentation des tarifs, fondée sur une appréciation fine de la probabilité du risque de chacun, à laquelle pousse le marché européen et international des assurances et contre laquelle la seule interdiction de certains facteurs actuariels déterminés comme le sexe, la race ou l'origine ethnique apparaît bien insuffisante ».

matière d'accès aux services d'assurance¹²⁷⁸. Le droit français a ainsi contraint à son tour les compagnies d'assurance dans tous les domaines¹²⁷⁹ à ne plus prendre en compte le facteur actuariel lié au sexe dans la détermination des primes et des prestations proposées à leurs clients pour les contrats conclus après le 21 décembre 2012. Une conception plus stricte de la non-discrimination en raison du sexe conçue comme identité de traitement entre les femmes et les hommes – dont la Cour de justice s'érige en protectrice – est donc désormais imposée par le législateur français aux fournisseurs de biens et de services que sont les compagnies d'assurance.

413. **Conclusion du chapitre I.** L'étude de la construction du principe d'égalité des sexes a donc permis de mettre en évidence l'émergence progressive d'un rapport d'opposition entre l'égalité et la différence des sexes. Peu à peu, à rebours d'un principe général d'égalité ayant conduit à admettre les inégalités entre hommes et femmes sur le fondement de leurs différences de situation, le droit a opéré après 1946 une indifférenciation des traitements juridiques et pratiques au regard du sexe, en reconnaissant l'illégitimité de la prise en compte du critère du sexe. Les femmes et les hommes ont été appréhendés comme étant placés dans des situations similaires, allant de pair avec une remise en cause relative des rôles de genre inégalitaires. Sous l'influence et la contrainte du droit de l'Union européenne, l'exigence d'identité de traitement s'est considérablement renforcée pour conduire à un principe de non-discrimination imposé à un nombre croissant d'acteurs, assimilant l'égalité à une interdiction de la différence de traitement fondée sur le sexe.

414. La logique antidiscriminatoire implique aussi une prise en compte au niveau politique des différences de situation, des inégalités touchant certains groupes défavorisés, tels que les femmes¹²⁸⁰. Le droit de la non-discrimination relève ainsi d'une logique différentialiste, de même que les premières manifestations de l'égalité des sexes ont impliqué la reconnaissance par le droit des situations défavorables rencontrées par les femmes et, dès lors, la prise en compte de la

¹²⁷⁸ Le législateur a en effet pris acte de l'arrêt de 2011 considérant comme invalide la dérogation de l'article 5-2 de la directive à l'expiration d'une période de transition adéquate fixée au 21 décembre 2012. Une loi de 2013 dispose en ce sens que la dérogation prévue par le Code des assurances ne s'applique qu'aux contrats conclus avant le 20 décembre 2013, tout en gardant une telle possibilité de dérogation pour les contrats reconduits tacitement après cette date, sauf s'ils ont fait l'objet d'une modification substantielle, nécessitant l'accord des parties (article 79 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires).

¹²⁷⁹ L'interdiction ne vaut pas seulement pour les contrats d'assurance vie, qui étaient en cause en l'espèce, mais pour tous les contrats d'assurance privés qui ne sont pas liés à la relation de travail, en matière d'assurance vie, mais aussi en matière d'assurance automobile ou encore d'assurance santé. Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott précitées, point 86 : « Aucun des arguments qui ont été avancés ne permet de conclure à l'existence d'une particularité des assurances sur la vie par rapport aux autres types d'assurance dans lesquelles le risque est traditionnellement évalué en fonction du sexe de l'assuré ».

¹²⁸⁰ LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 80 : « On peut juger paradoxal que la garantie du "droit à l'indifférence" passe, dans ces hypothèses, par la prise en considération de l'appartenance des individus à une catégorie ou à un groupe ; et plus encore le fait que, pour pouvoir se réclamer de la protection prévue par les textes, il leur faut démontrer qu'ils ont été victimes d'une discrimination en tant que femme, noir, juif, arabe ou homosexuel, donc faire état d'une appartenance que justement le modèle universaliste de l'humanité abstraite entend gommer. La loi ne postule pas toutefois que ces groupes ont une existence concrète : ils servent uniquement de point d'appui à la lutte contre les discriminations qui est elle-même une condition de l'égalité en droit ».

différence des sexes. Mais si cette logique catégorielle apparaît au stade de la conceptualisation du droit de la non-discrimination, elle n'est pas retranscrite dans les énoncés du droit de la non-discrimination, qui demeurent neutres à l'égard du sexe : c'est le critère du sexe qui est prohibé par les dispositions antidiscriminatoires et non pas le critère du sexe féminin. Par conséquent, tout en imposant une indifférenciation des normes et pratiques à l'égard du sexe, le droit de la non-discrimination est lui-même *genderblind*, neutre au regard du sexe, en ce qu'il n'énonce pas une protection particulière d'un sexe plutôt qu'un autre.

415. Une telle construction de l'égalité des sexes comme exigence d'indifférenciation explique pourquoi la différenciation entre les sexes est, dans certains contextes, appréhendée par le droit comme une rupture ou une dérogation au principe d'égalité et en particulier, de façon paradoxale, lorsqu'elle vise à compenser ou corriger les inégalités de fait.

Chapitre II. L'interprétation de l'égalité comme limitation de la différenciation entre les sexes

416. Le processus législatif et juridictionnel décrit dans le chapitre précédent a construit l'exigence européenne et constitutionnelle d'égalité des sexes avant tout comme un principe d'indifférenciation, de non-discrimination. Or, la prééminence résultant du caractère principal accordé à cette conception formelle de l'égalité des sexes – et du principe général d'égalité – a conduit et conduit encore à limiter, voire à empêcher, les traitements juridiques différenciés en raison du sexe visant à assurer la concrétisation de l'égalité.

417. Dans le même temps, force est de constater que le législateur a adopté, dès les années 1980, de nombreux textes prévoyant des mesures positives, soit des mécanismes « constituant une différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre, afin de compenser des inégalités de fait préexistantes entre elles »¹²⁸¹. La faculté d'adopter des mesures positives différencialistes résulte ainsi de la marge de manœuvre accordée au législateur par la Constitution – qui n'interdit pas les différences de traitement fondées sur le sexe et qui les autorise même dans certains cas¹²⁸² – et le droit de l'Union européenne – qui autorise expressément les institutions européennes¹²⁸³, mais aussi les États membres¹²⁸⁴, à adopter de telles mesures positives. Le législateur a dès lors usé de cette marge de manœuvre pour « concrétiser » l'égalité des droits entre les femmes et les hommes¹²⁸⁵, menant une politique active prenant acte de l'insuffisance de l'application de l'égalité

¹²⁸¹ LANQUETIN Marie-Thérèse, « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique : approche juridique », *Synthèse du Rapport final Convention de recherche FASILD / Service des Droits des Femmes ministère de l'Emploi et de la Solidarité*, décembre 2002, URL : http://www.association-alda.org/attachments/705_Lanquetin_02.pdf.

¹²⁸² Alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

¹²⁸³ Article 2 de la partie 2 du Traité d'Amsterdam modifiant l'article 119-3 du Traité instituant la Communauté européenne : « Le Conseil [...] adopte des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur ».

¹²⁸⁴ Article 2-4 de la directive du Conseil du 9 février 1976 : « La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1^{er} paragraphe 1 » ; article 157-4 du TFUE (anciennement article 119-4 du TCE) : « Pour assurer concrètement une pleine égalité entre les hommes et les femmes dans la vie professionnelle, le principe d'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Voir également la recommandation du Conseil 84/635/CEE du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes.

¹²⁸⁵ PORTA Jérôme, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », *Revue du droit du travail*, 2011, p. 354.

comme indifférenciation et non-discrimination pour parvenir à rendre concrète de l'égalité des droits¹²⁸⁶. Selon cette conception, l'exigence d'égalité des droits entre les femmes et les hommes énoncée à l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 ne signifie pas uniquement assurer l'égalité *dans* le droit, au sein des énoncés juridiques. Elle implique également, dans une perspective d'égalité *de facto*¹²⁸⁷, de supprimer à la fois les obstacles factuels qui empêchent la réalisation de ces droits dans les faits en accordant directement ou indirectement des avantages aux femmes. L'égalité de fait tend ainsi à l'égalisation des *situations* entre les femmes et les hommes par l'instauration de traitements juridiques différenciés à visée compensatrice ou correctrice¹²⁸⁸.

418. Il convient toutefois de distinguer au sein des instruments de l'égalité de fait – comme le font certaines auteures, telles que Danièle Lochak¹²⁸⁹ ou Olivia Bui-Xuan¹²⁹⁰ – entre différents types de dispositifs différentialistes. Cette classification renvoie, d'une part, aux « mesures préférentielles », qui sont adoptées en faveur de certaines catégories de femmes – et non en faveur des femmes en tant que groupe – afin de compenser les désavantages liés notamment aux rôles de genre en accordant certains bénéfices spécifiques à ces catégories contingentes. Il s'agit par exemple des avantages en matière de retraite accordés aux mères de famille à partir des années 1970, adoptés en vue de compenser les désavantages liés à leur interruption de carrière pour avoir élevé leurs enfants (notamment une retraite moins importante). D'autre part, la

¹²⁸⁶ Rapport du Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1996, p. 109 : « Le principe d'égalité n'atteint réellement son but que lorsqu'il est aussi le vecteur de l'égalité des chances. Celle-ci doit être promue plus activement pour enrayer l'aggravation des inégalités économiques, sociales et culturelles ».

¹²⁸⁷ Nous retiendrons à ce stade la notion large d'égalité *de fait* ou d'égalité *concrète* pour désigner, par opposition à l'égalité formelle, une interprétation de l'égalité visant la concrétisation dans les faits, et non plus seulement au sein des énoncés ou des traitements juridiques, de l'objectif d'« égalisation » (PORTA Jérôme, Porta Jérôme, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *Revue du droit du travail*, 2011, p. 354). La notion d'égalité de fait ou concrète est en effet plus large que les notions d'égalité substantielle et d'égalité réelle, qui désignent, pour certains auteurs, des processus spécifiques de concrétisation de l'égalité. Ainsi, pour Jérôme Porta qui se fonde sur ce point sur le droit de l'Union européenne, l'égalité *substantielle* renvoie à une égalité d'accès à certains biens sociaux tels que l'emploi, tandis que l'égalité *réelle* désigne plutôt une égalité de résultat, par exemple, à travers des mesures de quotas. Il est donc préférable de réserver ces expressions à un usage ultérieur plus spécifique.

¹²⁸⁸ THARAUD Delphine, Contribution à une théorie générale des discriminations positives, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 24.

¹²⁸⁹ LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 91-93 : « En France, l'objectif de la lutte contre les inégalités a conduit à donner une place importante aux mesures préférentielles : [...] les femmes ayant élevé des enfants bénéficient d'un recul des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics [...]. Mais ces différences de traitement sont le plus souvent fondées sur des catégorisations liées à un état contingent [...] rarement sur l'appartenance à un groupe stable et préconstitué [...] Il y a ensuite les mesures qu'on peut qualifier d'"actions positives" parce qu'elles ont un objectif correctif : elles se proposent de réduire ou supprimer les inégalités liées [...] à l'appartenance à un groupe défavorisé – par exemple en facilitant l'accès à l'emploi des femmes ».

¹²⁹⁰ BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.* : l'auteure distingue entre les mesures relevant d'un différentialisme compensatoire, telles que les avantages pour les mères de famille en matière de retraite (voir p. 103 : « Considérant que les femmes connaissent des difficultés particulières, dues aux anciennes discriminations, mais surtout, plus largement, à leur place dans la société et à leurs charges familiales, les pouvoirs publics vont introduire des règles en leur faveur, afin de réduire les inégalités qui les séparent des hommes, afin de leur donner des chances identiques ») et les mesures relevant d'un différentialisme correcteur, qui visent à supprimer les inégalités de fait, en prévoyant, à l'instar de la parité, des quotas ou une répartition égale de biens, de fonctions, de mandats, ou de candidatures aux hommes et aux femmes.

seconde catégorie de mesures désignées comme des « actions positives », pour employer le vocabulaire de l'Union européenne¹²⁹¹, renvoie aux dispositifs pris en faveur des femmes cette fois-ci en tant que groupe, qui tendent à corriger les inégalités de fait. C'est le cas des dispositifs adoptés à partir des années 1990 visant l'égal accès des femmes et des hommes dans les domaines où les femmes sont encore peu nombreuses par rapport aux hommes, par exemple dans les fonctions politiques, dans des emplois à responsabilité ou dans la haute fonction publique. Il ne s'agit plus, dès lors, d'accorder des avantages visant à compenser une inégalité, mais bien de supprimer cette inégalité en permettant l'accès des femmes dans les lieux où la mixité peine à s'imposer, en particulier dans les lieux de pouvoir.

419. Or, en raison de la prééminence d'une interprétation de l'égalité comme exigence d'indifférenciation, ces deux catégories de mesures positives ont été toutes deux remises en cause ou limitées, précisément car elles impliquent l'instauration de différences de traitement fondées sur le sexe¹²⁹² – ou au moins d'une différenciation entre les sexes¹²⁹³. Seulement, ces limitations se sont exprimées de façon différente pour les mesures préférentielles en faveur de catégories de femmes et pour les actions positives en faveur des femmes comme catégorie. En effet, la plupart des mesures préférentielles en faveur des mères de famille ont été supprimées des énoncés législatifs par l'application de l'égalité des sexes interprétée comme indifférenciation (section I), tandis que la différenciation résultant de politiques d'actions positives, bien que figurant dans les énoncés législatifs, est limitée par les juges – constitutionnels, administratifs et européens – dans le but de préserver le strict cadre de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, c'est-à-dire, l'égalité à compétences égales (section II).

¹²⁹¹ Par exemple, voir la recommandation 84/635/CEE du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes.

¹²⁹² Il convient d'exclure de ce chapitre d'autres modèles de mesures positives prévus par le droit, notamment les mesures visant à « éliminer les causes sous-jacentes des possibilités moindres d'emploi » ou qui visent « à aménager le temps de travail afin de permettre un « certain équilibre entre responsabilités familiales et professionnelles » (HAQUET Arnaud, « *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes* », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 305). En effet, celles-ci – à l'instar du travail à temps partiel – ne constituent pas des différences de traitement juridiques et ne créent donc aucune rupture du principe d'égalité comme indifférenciation. Elles feront l'objet de développements ultérieurs (cf. partie II, titre I, chapitre II).

¹²⁹³ Dans le cas d'une différence de traitement, l'énoncé juridique prévoit expressément que la mesure positive bénéficie à l'un ou l'autre sexe, tandis que dans le cas de la différenciation, l'énoncé mentionne simplement la différence des sexes sans avantager directement l'un ou l'autre sexe (voir l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives [...] »).

Section I. La limitation des avantages préférentiels en faveur des mères de famille

420. L'indifférenciation progressive du droit de la famille vis-à-vis du sexe des parents a conduit peu à peu à placer les mères et les pères de famille dans une situation identique, en dehors des dispositions spécifiques relatives à la filiation et à la maternité fondées sur une différence de situation « biologique ». L'exigence égalitariste d'indifférenciation a mené jusqu'à la suppression des avantages sociaux initialement réservés aux mères et épouses en matière de retraite et d'assurance ou, de manière moins radicale, à leur l'extension aux pères de famille. L'application de l'égalité des sexes a pris la forme, une fois de plus, de la suppression dans les énoncés législatifs de toute référence au sexe des bénéficiaires de ces avantages sociaux (I). Cependant, ce processus d'égalisation par l'indifférenciation des énoncés juridiques au regard du sexe a laissé intactes des mesures préférentielles bénéficiant indirectement – par les critères choisis par le pouvoir réglementaire – aux mères de famille au détriment des pères. D'abord jugées conformes au principe d'égalité toujours interprété dans un sens formel par les juges français, ces mesures préférentielles indirectes ont ensuite été considérées comme contraires à l'égalité des sexes par la Cour de justice de l'Union européenne, avant d'être de nouveau admises par les juges français, mais cette fois-ci en tant que dérogation à l'égalité des sexes (II).

I. La suppression ou l'extension aux hommes des avantages prévus pour les femmes en matière de retraite et d'assurance

421. Le législateur du début du XX^e siècle a adopté des mesures, en matière de retraite et de sécurité sociale, bénéficiant aux seules épouses et femmes ayant élevé des enfants¹²⁹⁴. Ces mesures, certes protectrices, reposaient également sur le présupposé de la prise en charge des enfants par les femmes, renforçant l'inégalité des rôles de genre fondée sur la division entre la sphère privée et la sphère publique¹²⁹⁵. Or, ces avantages inégalitaires prévus par le droit ont été remis en cause par le mouvement d'indifférenciation des énoncés normatifs vis-à-vis des rôles de

¹²⁹⁴ De telles mesures ne concernent certes pas uniquement le domaine de la retraite ou de la sécurité sociale (voir par exemple la loi n° 80-490 du 1^{er} juillet 1980 portant diverses dispositions en faveur de certaines catégories de femmes et de personnes chargées de famille : « Les mères de famille d'au moins trois enfants pourront se présenter à tout concours de l'État, des départements, des villes et communes, des établissements publics nationaux, départementaux et communaux, de toute collectivité publique et de tout établissement en dépendant, de toute société nationale ou d'économie mixte, sans condition de diplôme »), mais par souci de concision on se limitera à ces illustrations particulièrement significatives.

¹²⁹⁵ ZARCA Alexis, *L'égalité dans le droit français de la fonction publique*, op. cit., p. 790 : « Parmi ces mesures [...] figuraient traditionnellement certains avantages en matière de retraite, directement inspirés du rôle social et familial qui leur a été longtemps attribué ».

genre au sein de la famille, sur le fondement de l'égalité formelle¹²⁹⁶. En effet, d'une part, ils ont fait l'objet de recours effectués sur le fondement de l'égalité des sexes par des hommes ayant eux-mêmes élevé des enfants et, d'autre part, ils sont devenus obsolètes lors de l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe qui impliquait nécessairement de reconnaître au sein du droit le rôle du père dans la prise en charge des enfants.

422. Là encore, l'interprétation de l'égalité de traitement comme indifférenciation retenue en droit de l'Union européenne a joué un rôle essentiel. La Cour européenne des droits de l'homme s'est du reste rangée sur la même ligne d'interprétation de l'égalité, en considérant comme discriminatoires les avantages bénéficiant aux femmes en matière d'allocations familiales¹²⁹⁷. L'exigence d'identité de traitement a conduit à supprimer la référence au sexe dans les énoncés juridiques, conduisant le plus souvent à étendre aux hommes les avantages sociaux réservés initialement aux femmes¹²⁹⁸, tant en matière de pension de retraite des fonctionnaires qu'en matière d'assurance sociale.

423. **Les avantages en matière de pensions civiles et militaires rendus neutres à l'égard du sexe.** La Cour de justice de l'Union européenne a amorcé le processus d'indifférenciation du droit des pensions au regard du sexe, en considérant les avantages sociaux bénéficiant en France aux fonctionnaires féminins comme contraires au principe d'égalité des rémunérations¹²⁹⁹. Initiés par des requérants hommes exclus du bénéfice de ces droits, ces contentieux ont dans un premier temps concerné des législations étrangères¹³⁰⁰, puis directement le droit français des pensions non seulement s'agissant des régimes de retraite complémentaire¹³⁰¹, mais aussi et surtout s'agissant des dispositions législatives du Code des pensions civiles et militaires (CPCM).

¹²⁹⁶ ROMAN Diane, « La promotion des femmes par la jurisprudence administrative : entre égalité formelle et égalité réelle, les hésitations du juge administratif », *JCP – Édition administrations et collectivités territoriales*, n° 29, 23 juillet 2018, 2215, p. 3.

¹²⁹⁷ CEDH, 21 février 1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*, n° 20060/92, à propos de la différence de traitement selon le sexe en matière d'allocations familiales ; CEDH, 11 juin 2002, *Willis c/ Royaume-Uni*, n° 36042/97, à propos de la différence de traitement entre les mères veuves et les pères veufs s'agissant des allocations et des indemnités forfaitaires ; CEDH, 14 novembre 2006, *Hobbs, Richard, Walsh et Geen c/ Royaume-Uni*, n° 63684/00, 63475/00, 63484/00 et 63468/00, à propos des pensions allouées aux veuves et non aux veufs.

¹²⁹⁸ Certes, l'exigence d'identité de traitement a aussi conduit à supprimer des avantages sociaux réservés jusqu'alors aux hommes. Par exemple, le Conseil d'État a admis à partir de 1992 que les avantages indemnitaires réservés au « chef de famille » puissent bénéficier aux femmes (CE Sect., 6 novembre 1992, *Mme Perrault*, n° 93734 ; CE Ass., 28 juillet 2002, *M. Villemain*, n° 220361) les juges procédant alors à une « neutralisation de la signification initialement sexuée » de cette notion (ZARCA Alexis, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 433).

¹²⁹⁹ Elle a en ce sens assimilé la pension de retraite des fonctionnaires à une rémunération au sens du Traité (article 141 du Traité, ancien article 119) retenant que seul « le critère de la relation de travail entre l'intéressé et son ancien employeur, c'est-à-dire le critère de l'emploi » est déterminant pour qualifier une rémunération, et ce même lorsque celle-ci est versée après la fin du contrat, à l'instar d'une pension de retraite (CJCE, 28 septembre 1994, *Bestuur van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds c. G.A Beune*, C-7/93).

¹³⁰⁰ Notamment CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88 ; 1^{er} juillet 1993, *Van Cant*, C-154/92 ; 28 septembre 1994, *Beune*, C-7/93.

¹³⁰¹ La Cour de justice a considéré en 2000 que l'égalité des rémunérations s'imposait aux régimes de retraite complémentaires (CRICA et AGIRC) qui fixaient une différence d'âge entre femmes et hommes – limitant pour ces derniers le droit au versement

424. Dans l'arrêt *Griesmar* de 2001, la Cour de justice juge ainsi contraire à l'égalité des sexes l'article L. 12 b. du CPCM, accordant une bonification aux femmes – et non aux hommes – fonctionnaires pour chaque enfant élevé par elles pendant au moins neuf ans avant leur vingt et unième année révolue. Selon les juges européens, la différence de traitement entre fonctionnaires masculins et féminins constitue une discrimination, car elle n'est justifiée par aucune différence de situation entre les pères et les mères dans l'éducation des enfants¹³⁰². Elle remet ainsi en cause la disposition fondée sur une représentation inégalitaire des rôles de genre, qui présume que les enfants ont été élevés au foyer par leur mère, rappelant que l'origine de la bonification avait pour objectif en 1924 de « faciliter le retour du fonctionnaire féminin à son foyer, afin qu'il soit mieux à même de veiller à l'éducation de ses enfants »¹³⁰³. En ce sens, la logique de protection avancée par le gouvernement français, qui permet de prendre en compte dans le calcul de la retraite le fait que les femmes ont majoritairement interrompu leur carrière pour élever les enfants, ne constitue pas pour la Cour une justification suffisante pour exclure les hommes de la bonification¹³⁰⁴. La Cour retient dès lors une conception de l'égalité « rigide », « sans concessions »¹³⁰⁵, impliquant une identité de traitement entre fonctionnaires masculins et féminins, peu importent les justifications protectrices des femmes avancées par le gouvernement français, ni potentiellement les conséquences financières pour l'État français de l'extension de la bonification aux hommes – bien que la Cour n'impose pas une telle extension¹³⁰⁶. La même conception stricte de l'égalité a également été retenue par la Cour dans l'arrêt *Moufflin* de 2001, à propos de la disposition (article L. 24-I-3° du CPCM) avantageant les femmes en matière de retraite en cas d'interruption des fonctions afin de s'occuper de leur conjoint infirme ou malade¹³⁰⁷. La Cour s'emploie ainsi à

d'une pension de réversion au titre du décès de leur conjointe (CJCE, 25 mai 2000, *Jean-Marie Podesta c. Caisse de retraite par répartition des ingénieurs cadres et assimilés (CRICA)*, C-50/99).

¹³⁰² En effet, si la Cour admet que des différences « biologiques » de situations entre les sexes, telles que la grossesse, puissent justifier des différences de traitement au regard du droit communautaire, elle refuse en revanche d'admettre une protection spécifique des femmes dans leur « qualité de parents, qualité que peuvent avoir tout à la fois les travailleurs masculins et les travailleurs féminins » (CJCE, 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar*, C-366-99, points 42 à 44 : la Cour fait référence à l'article 2-3 de la directive 76/207 qui protège « la condition biologique de la femme », en permettant des dispositifs différencialistes de protection au regard de la grossesse et de la maternité, juste après la naissance de l'enfant).

¹³⁰³ Arrêt précité, point 55.

¹³⁰⁴ Il s'agira d'analyser dans la seconde section du présent chapitre de manière plus approfondie le conflit entre deux conceptions de l'égalité à l'œuvre dans cet arrêt, et plus précisément la tendance selon laquelle la logique d'égalité formelle – l'identité de traitement – prévaut sur la logique d'égalité concrète – la mise en œuvre de mesures positives en faveur des femmes.

¹³⁰⁵ FITTE-DUVAL Annie, « L'arrêt *Griesmar* : l'égalité sans concessions », *AJFP*, 2002, p. 11.

¹³⁰⁶ Arrêt précité, point 72. Le gouvernement français avance que l'équilibre financier des pensions de retraite des fonctionnaires se trouverait bouleversé si la bonification venait à être étendue rétroactivement à tous les fonctionnaires masculins. Cependant, la Cour estime au point 77 que les hommes ne seront pas tous en mesure de prouver qu'ils ont effectivement pris part à l'éducation des enfants, ce qui implique que la législation française impose une telle preuve aux hommes, mais aussi aux femmes, pour satisfaire l'exigence d'égalité.

¹³⁰⁷ CJCE, 13 décembre 2001, *Henri Moufflin*, C-206/00, point 29 : « Aucun élément ne permet de différencier la situation d'un fonctionnaire de sexe masculin dont le conjoint est atteint d'une infirmité ou d'une maladie incurable le plaçant dans l'impossibilité d'exercer une profession quelconque de la situation d'un fonctionnaire de sexe féminin dont le conjoint est atteint d'une telle infirmité ou maladie ». Contrairement à l'affaire *Griesmar*, où la mesure protectrice semblait pouvoir être justifiée selon le gouvernement français par une logique d'égalité des chances, l'affaire *Moufflin* n'a pas suscité beaucoup de résistance de la part de ce dernier, qui a même fait valoir qu'il préparait une instruction afin de rendre neutre l'article L. 24-I-3° du CPCM au regard du

« affirmer juridiquement le rejet d'une possible différence des rôles masculins et féminins dans la sphère sociale – et plus précisément familiale »¹³⁰⁸.

425. Le juge communautaire a par conséquent contraint directement le juge national, puis le législateur, à interpréter l'égalité des sexes comme nécessitant l'indifférenciation des textes relatifs au droit des pensions à l'égard du sexe, conduisant certains auteurs à évoquer une égalité à « marche forcée »¹³⁰⁹. Le Conseil d'État, à la suite des questions préjudicielles qui ont donné lieu aux arrêts *Griesmar* et *Moufflin*, a lui-même considéré comme contraire à l'article 119 (141) du Traité plusieurs dispositions législatives du CPCM, par le biais du contrôle de conventionalité des lois au regard des normes communautaires¹³¹⁰. Cette interprétation de l'égalité des sexes comme indifférenciation de la loi au regard du sexe, issue de la jurisprudence communautaire¹³¹¹, a été ensuite retenue de façon systématique par le Conseil d'État quant aux divers avantages prévus par le législateur¹³¹². Elle a pris la forme d'une extension des avantages aux fonctionnaires masculins, même si le Conseil d'État a pu limiter la portée rétroactive d'une telle extension par opportunité pour des « considérations financières »¹³¹³. Les avantages préférentiels réservés aux mères par les

sexe (arrêt précité, point 27), d'autant plus qu'elle n'entraînerait pas le même impact financier que la réforme découlant de l'arrêt *Griesmar*, en ce qu'elle concernait un nombre beaucoup plus réduit de fonctionnaires.

¹³⁰⁸ ZARCA Alexis, *L'égalité dans le droit français de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 800.

¹³⁰⁹ FITTE-DUVAL Annie, « Droit de pensions : l'égalité entre les sexes à marche forcée ? », *AJFP*, 2002, p. 4.

¹³¹⁰ Le juge administratif s'est en effet reconnu compétent pour juger de la conventionalité des lois, et non pas seulement des actes administratifs, au regard du droit communautaire primaire (CE, 5 mai 1995, *ministre de l'Équipement des transports et du Tourisme c. SARL Der*, *Rec.* 192) et du droit communautaire dérivé (CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, *Rec.* 251). Déjà, dans un arrêt de 1999, le Conseil d'État avait anticipé le mouvement d'égalisation en jugeant contraire à l'égalité de rémunération entre les sexes l'article L. 57 du CPCM, qui permettait la liquidation provisoire de la pension au bénéfice de l'épouse et de l'enfant mineur d'un fonctionnaire disparu, et avait procédé à l'extension de ce bénéfice au requérant homme dont la conjointe fonctionnaire avait disparu (CE, 17 mai 1999, n° 123952).

¹³¹¹ En matière de pension de retraite, la Cour de justice retient une conception de l'égalisation « par le haut », en prévoyant d'étendre aux hommes les avantages dont bénéficiaient les femmes. Voir notamment CJCE, 17 mai 1990, *Barber*; 27 juin 1990 *Kowalska*, 7 février 1991, *Nimz*, 1^{er} juillet 1993, *Van Cant*, 28 septembre 1994, *Beune*, 28 septembre 1994, *Coloroll Pension Trustees Ltd*. La notion d'« avantage » est certes plus facilement identifiable dans ce domaine qu'en matière de travail de nuit, où, selon les perspectives, libérale ou sociale, l'avantage est constitué par la suppression de l'interdiction du travail de nuit pour les femmes, ou au contraire par l'extension de l'interdiction du travail de nuit pour les hommes.

¹³¹² Il a ainsi jugé en 2002 que la différence de traitement instaurée par le CPCM (l'article L. 50, combiné avec l'article L. 38) entre veufs et veuves de fonctionnaires, quant à la jouissance d'une pension de réversion, immédiate et importante pour les femmes, et différée et plafonnée pour les hommes était contraire à l'article 141 du Traité et que l'administration devait par conséquent étendre le bénéfice aux hommes (CE, 5 juin 2002, *Choukroun*, n° 202667). De même, en matière de majoration de durée d'assurance, il a pris acte de la solution de la Cour de justice en déclarant incompatible avec l'article 141 du Traité, l'article L. 12 b. du CPCM réservant aux femmes fonctionnaires la bonification d'ancienneté d'un an par enfant (CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, n° 141112). Cette solution a également été retenue s'agissant du régime spécial de retraite des industries électriques et gazières (CE, 18 décembre 2002, *Ploubinec*, n° 247224). Enfin, de la même façon, le Conseil d'État a étendu aux hommes fonctionnaires, sur le fondement de l'égalité, le droit pour les femmes fonctionnaires lorsqu'elles sont mères de trois enfants vivants ou décédés par faits de guerre ou les ont élevés pendant au moins neuf ans, de jouir immédiatement de leur pension de retraite, en vertu de l'ancienne rédaction de l'article L. 24-I-3° du CPCM (CE, 29 janvier 2003, *Beraudo*, n° 245601 ; CE, 26 février 2003, n° 187401). L'égalité des sexes relative à la retraite anticipée a ainsi été étendue au régime de retraite des ouvriers des établissements industriels de l'État (CE, 8 février 2006, n° 278284), à de celui des agents de la SNCF (CE, 6 décembre 2006, n° 291473), des clercs et employés de notaires (CE, 13 décembre 2006, n° 291595), ainsi que des agents titulaires de la Banque de France (CE, 23 mars 2007, n° 276585).

¹³¹³ ZARCA Alexis, *L'égalité dans le droit français de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 811. Le juge a ainsi renvoyé à la règle selon laquelle les pensions ne peuvent être révisées que dans un délai d'un an à compter de la décision de concession initiale de la pension, en cas d'erreur de droit (voir par exemple CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, n° 141112 : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. X. a assuré la charge de trois enfants ; qu'il a formulé sa demande de révision de sa pension dans le délai d'un an prévu à l'article L. 55 du code des pensions civiles et militaires »).

organismes privés de sécurité sociale ont pu également être considérés par le juge civil comme des discriminations fondées sur le sexe contraires au droit de l'Union européenne¹³¹⁴.

426. Toutefois, cette évolution jurisprudentielle n'a pas conduit en elle-même à supprimer les énoncés législatifs inégalitaires, mais seulement à les écarter pour les cas d'espèce. Prenant acte des contraintes européennes s'agissant de l'interprétation de l'égalité à l'égard de ces avantages¹³¹⁵, le législateur de 2003 a en ce sens supprimé la référence au sexe dans les textes relatifs aux avantages sociaux en matière de retraite bénéficiant auparavant aux seules épouses ou mères¹³¹⁶. Dans une logique d'indifférenciation des énoncés législatifs au regard du sexe, « la loi nouvelle oscille entre extension aux hommes, extinction pour les femmes et substitution pour les uns et les autres de ces divers avantages »¹³¹⁷. Certaines dispositions du CPCM sont ainsi abrogées¹³¹⁸, mais plus nombreuses sont les dispositions qui étendent aux hommes des avantages sociaux par la substitution du mot « conjoint » à celui de « femme » dans les énoncés¹³¹⁹. Cette bilatéralisation des dispositifs de protection des conjoints de fonctionnaires a suscité peu d'opposition durant les débats parlementaires, hommes et femmes étant aisément considérés comme se trouvant dans des situations identiques au regard de leurs relations conjugales.

427. À l'inverse, la réforme des dispositions prévoyant des avantages instaurés pour compenser les contraintes de la parentalité, tels que la bonification d'un an par enfant, a fait l'objet de nombreuses critiques, car elle a en partie conduit à supprimer le système de bonification avantageant les mères de famille¹³²⁰. En effet, prenant acte des potentielles conséquences financières auxquelles mènerait l'extension aux hommes de la bonification, le

¹³¹⁴ Voir Cass, 2^e civ., 9 novembre 2017, n° 16-13777, s'agissant de la majoration d'assurance vieillesse par la Caisse nationale des barreaux français, prévue par principe pour la mère, et par exception pour le père s'il rapporte la preuve qu'il a élevé ses enfants pendant quatre ans. La Cour d'appel a jugé qu'une telle différence de traitement ne constituait pas une discrimination au sens de l'article 14 de la CEDH combiné à l'article 1^{er} du Protocole n° 1, dans la mesure où elle était une disposition transitoire destinée à prendre en compte les inégalités de fait entre les sexes en matière de retraite. La Cour de cassation a cependant estimé que la Cour d'appel n'avait pas examiné la compatibilité de cette différence de traitement au regard du droit de l'Union européenne (article 157 du TFUE), allant dès lors plutôt dans le sens d'une reconnaissance de la discrimination faite au requérant homme.

¹³¹⁵ L'idée de contrainte européenne apparaît clairement dans les débats parlementaires relatifs au projet de loi portant réforme des retraites du 28 mai 2003. Voir par exemple l'intervention de la députée Muguette Jacquaint, lors de la séance du 11 juin 2003 à l'Assemblée nationale, p. 5045.

¹³¹⁶ Loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites, *JORF* du 22 août 2003, p. 14310.

¹³¹⁷ ZARCA Alexis, *L'égalité dans le droit français de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 813.

¹³¹⁸ C'est le cas du droit à la jouissance immédiate de la pension lorsque le conjoint est atteint d'une infirmité ou d'une maladie incurable, supprimant un avantage social pour les femmes – et empêchant son extension pour les hommes (article L. 24-I-3 b) du CPCM, abrogé par l'article 53 de la loi du 21 août 2003).

¹³¹⁹ C'est le cas notamment du droit à la liquidation provisoire de la pension lorsque le conjoint est porté disparu depuis un an (article L. 57 du CPCM) ou encore en matière de pension de réversion, dont les modalités de jouissance et de calcul ne dépendent plus du sexe du conjoint survivant (article L. 38 du CPCM, modifié par l'article 56 de la loi du 21 août 2003 : « Les conjoints d'un fonctionnaire civil ont droit à une pension de réversion égale à 50 % de la pension obtenue par le fonctionnaire ou qu'il aurait pu obtenir au jour de son décès »). Les articles L. 39, L. 40, L. 45 et L. 50 du CPCM sont également modifiés en ce sens.

¹³²⁰ Nombreux parlementaires critiquaient notamment la remise en cause d'avantages instaurés afin de compenser les inégalités de fait dont étaient et dont sont encore victimes les femmes, interrompant davantage que les hommes leur carrière pour prendre en charge l'éducation des enfants.

législateur a instauré deux régimes correspondant à deux types d'égalisation¹³²¹. Pour les enfants nés avant le 1^{er} janvier 2004 – soit l'entrée en vigueur de la loi de 2003 – la nouvelle rédaction de l'article L. 12 b. du CPCM prévoit certes une extension de la bonification aux hommes, en énonçant qu'elle revient aux « fonctionnaires et militaires », termes neutres quant au sexe, à condition qu'ils rapportent la preuve d'avoir interrompu leur carrière pendant au moins deux mois en raison d'un congé pour maternité, d'un congé pour adoption, d'un congé parental ou d'un congé de présence parentale¹³²². Si le législateur maintient une différence entre les sexes en droit, notamment par la référence au congé de maternité, il n'empêche que le critère permettant de jouir de la bonification n'est plus lié en principe au sexe, mais bien à la « situation individuelle » des fonctionnaires¹³²³, devant prouver quel que soit leur sexe leur rôle dans l'éducation des enfants.

428. En revanche, s'agissant des enfants nés après le 1^{er} janvier 2004, le législateur a supprimé le système de bonification d'un an pour chaque enfant, qui devient donc inapplicable pour les parents des deux sexes, et lui a substitué un système moins avantageux mais identique pour les deux sexes, respectant ainsi le principe d'égalité formelle. L'article L. 9 du CPCM prévoit désormais une simple prise en compte des périodes d'interruption d'activité dans le calcul de la pension, et non plus une bonification automatique¹³²⁴. Selon certains parlementaires, un tel système risque d'encourager les fonctionnaires – majoritairement les femmes – à interrompre plus longtemps leur carrière pour obtenir une pension plus élevée¹³²⁵. Néanmoins, en dépit des potentiels désavantages engendrés par la réforme quant aux inégalités de fait, celle-ci est considérée comme conforme au principe d'égalité interprété dans un sens formel comme exigeant simplement une indifférenciation des textes juridiques au regard du sexe.

429. On pourrait multiplier les exemples illustrant la logique d'indifférenciation dans les énoncés législatifs par voie d'extension aux hommes des avantages sociaux auparavant conférés aux femmes¹³²⁶. D'autant plus que cette interprétation formelle de l'égalité ne concerne pas

¹³²¹ Article 48 de la loi du 21 août 2003 modifiant l'article L. 12 b) du CPCM.

¹³²² Article R. 13 du CPCM, introduit par le décret en Conseil d'État du 26 décembre 2003, *JORF* du 30 décembre 2003, p. 22479.

¹³²³ ZARCA Alexis, *L'égalité dans le droit français de la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 905.

¹³²⁴ Sur le désavantage créé par ce nouveau dispositif, voir l'intervention de la députée Danièle Hoffman-Rispal, lors de la séance du 26 juin 2003 à l'Assemblée nationale, p. 6132.

¹³²⁵ Voir l'intervention du député Pascal Terrasse lors de la séance du 26 juin 2003 à l'Assemblée nationale, p. 6130.

¹³²⁶ Par exemple, le législateur de 2004 a étendu aux pères de famille l'avantage prévu par l'article L. 24-I-3° du CPCM concernant la liquidation immédiate de la pension de retraite, ou autrement dit, la retraite anticipée. Cet avantage n'est en outre plus seulement réservé aux parents ayant élevé trois enfants vivants ou décédés par faits de guerre, mais ouvert aussi aux parents ayant élevé un enfant vivant, âgé de plus d'un an et atteint d'une invalidité égale ou supérieure à 80 % (Article 136 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004). Dans le même sens, la loi du 26 juillet 2005 a étendu aux hommes plusieurs avantages qui étaient auparavant prévus pour les femmes chargées de famille – étant présumées les seules à assumer cette tâche. Il en va ainsi de la suppression des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics qui bénéficie, sans égard pour leur sexe, aux parents « de trois enfants et plus et aux personnes élevant seules un ou plusieurs enfants » ou aux « parents » ayant élevé

uniquement l'égalité des fonctionnaires quant à la jouissance de leurs droits sociaux, mais aussi, plus largement, l'égalisation des dispositions du Code de la sécurité sociale rendues en grande partie neutres à l'égard du sexe.

430. **La bilatéralisation des dispositions du Code de la sécurité sociale favorables aux femmes.** L'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe a rendu nécessaire l'indifférenciation des énoncés relatifs aux droits sociaux quant au sexe des époux et des parents. Mais ici, c'est davantage l'interchangeabilité des rôles de genre dans la parentalité découlant de cette réforme, que l'exigence d'égalité des sexes, qui a conduit le législateur à « déssexualiser » les dispositions du Code de la sécurité sociale, certains parlementaires critiquant du reste une telle remise en cause de « l'altérité sexuelle » au sein des normes¹³²⁷. Cette déssexualisation a néanmoins emporté la plupart des inégalités qui existaient entre hommes et femmes en matière de retraite et de majoration de durée d'assurance pour enfant dans le calcul des droits à la retraite, ainsi qu'en matière de congé d'adoption.

431. Concernant les droits à la retraite, le législateur a, d'une part, étendu aux veufs de guerre dont la femme était militaire le droit à une pension de réversion, s'alignant ainsi sur la solution retenue en 2003 pour les veufs et veuves de fonctionnaires civils¹³²⁸. D'autre part, les avantages dont bénéficiaient les mères de famille en matière de majoration de durée d'assurance sociale, prévus à l'article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale, bénéficient désormais depuis 2013 « à l'un ou l'autre parent » au titre de l'éducation des enfants¹³²⁹. La Cour de cassation a du reste précédé le législateur, en étendant le bénéfice de la majoration de durée d'assurance à des requérants hommes sur le fondement de la non-discrimination en raison du sexe en matière de propriété¹³³⁰. Toutefois, à l'instar du Conseil d'État, la Cour de cassation estime que l'homme doit apporter la preuve qu'il a élevé ses enfants, perpétuant ainsi en partie une inégalité de traitement

au moins un enfant (loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, modifiant l'article 8 de la loi n° 75-3 du 3 janvier 1975 portant diverses améliorations et simplifications en matière de pensions ou d'allocations des conjoints survivants, des mères de famille et des personnes âgées).

¹³²⁷ Voir l'intervention du député Bernard Deflesselles lors de la séance du 8 février 2013 à l'Assemblée nationale, p. 1525.

¹³²⁸ Article 713-6 du Code de la sécurité sociale, modifié par l'article 18 de la loi du 17 mai 2013, *JORF* du 18 mai 2013, p. 8253.

¹³²⁹ Article 351-4 du Code de la sécurité sociale, modifié par l'article 18 de la loi du 17 mai 2013. Le législateur de 2003 n'avait pas modifié le régime général d'assurance vieillesse en ce sens puisque l'égalité des rémunérations résultant du droit communautaire ne s'imposait qu'aux régimes spéciaux de retraite et au régime des fonctionnaires (notamment CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne c. État Belge*, C-80/70. La CJCE ne considère pas les prestations de sécurité sociale issue du régime général comme une rémunération au sens de l'article 141 du Traité).

¹³³⁰ Cass. 2^e civ., 21 décembre 2006, n° 04-30586. La Cour juge que le versement d'une prestation sociale engendre un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention, et qu'une différence de traitement entre hommes et femmes relatif à un tel intérêt constitue une discrimination au sens de l'article 14 dès lors qu'elle n'est pas justifiée de manière objective et raisonnable.

entre les sexes¹³³¹. Sur ce point, le juge judiciaire a refusé de considérer que cette différence de traitement constituait une discrimination. Selon lui, comme pour le Conseil constitutionnel en 2003¹³³², la majoration de durée d'assurance accordée par principe à la mère et par exception au père reposait sur des critères objectifs et rationnels, « tenant à la prise en compte des inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet »¹³³³. Avec la réforme de 2013, le législateur s'est cependant totalement départi de cette logique différencialiste – mais dans le même temps « compensatrice » des inégalités – en supprimant la condition imposée aux pères pour bénéficier de la majoration d'assurance.

432. Prenant acte de l'extension du droit d'adopter pour les conjoints de même sexe, le législateur de 2013 a également « désésexualisé » les énoncés relatifs aux droits sociaux ouverts aux parents adoptifs, qui ne concernent plus les « père et mère » mais les « parents »¹³³⁴. En effet, jusqu'en 2013, les dispositions du Code de la sécurité sociale concernant le congé d'adoption reproduisaient le modèle de l'assurance maternité, réservant à la mère salariée à l'exclusion du père l'indemnité journalière de repos résultant de l'adoption de l'enfant¹³³⁵. Or, non seulement cette disposition établissait une inégalité de traitement entre le père et la mère qui pouvait apparaître injustifiée, au regard de la conception communautaire de l'égalité, car non fondée sur une différence « biologique » – puisque ni la mère ni le père ne porte ou n'accouche de l'enfant en cas d'adoption. Mais en plus elle n'avait plus de sens dans le cadre de l'adoption par un couple de personnes de même sexe. Le législateur de 2013 poursuit par conséquent la logique d'égalisation « par le haut », l'indifférenciation des énoncés conduisant dans ce cas à une extension pour les hommes du congé réservé jusqu'alors aux femmes.

433. Le processus d'indifférenciation des énoncés législatifs au regard du sexe a donc conduit à supprimer ou étendre aux hommes les mesures préférentielles qui, sous forme d'avantages sociaux réservés aux mères de famille, visaient à compenser les inégalités provenant des fonctions sociales exercées majoritairement par les femmes. Cependant, la logique d'indifférenciation

¹³³¹ Dans un arrêt de 2009, la Cour ne fait plus mention de la preuve que doivent rapporter les hommes ayant élevé leurs enfants, mais renvoie tout de même à l'arrêt de la Cour d'appel, qui « relève que M. X., dont les droits doivent être appréciés au regard des dispositions propres au régime général, a élevé six enfants » (Cass. 2^e civ., 19 février 2009, n° 07-20668).

¹³³² Le Conseil constitutionnel n'avait pas considéré que l'article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale était contraire au principe d'égalité dans sa décision de 2003, car justifié par l'objectif politique poursuivi par le législateur, à savoir, la compensation des inégalités de fait touchant majoritairement les femmes dans le déroulement de leur carrière (Cons. constit., 14 août 2003, n° 2003-483 sur la loi portant réforme des retraites, cons. 25).

¹³³³ Cass. 2^e civ., 14 février 2013, n° 12-40097 ; Cass. 2^e civ., 18 avril 2013, n° 12-28033.

¹³³⁴ Le nouvel article L. 331-7 issu de la loi de 2013 ne contient ainsi plus de référence au sexe des parents adoptifs, qui peuvent bénéficier l'un ou l'autre du congé d'adoption, ou bien se répartir la période d'indemnisation. Cette évolution égalitaire concerne également l'indemnité dont bénéficient les parents adoptifs non-salariés et des collaborateurs, aux termes des articles 613-19 et 613-19-1 du Code de la sécurité sociale.

¹³³⁵ Ancien article L. 331-7 du Code de la sécurité sociale.

découlant de l'égalité formelle ne fait pas obstacle à ce que de tels avantages sociaux bénéficient toujours aux mères de famille, mais uniquement de façon indirecte et limitée.

II. Des mesures préférentielles indirectes admises de façon limitée

434. Même neutres à l'égard du genre, les avantages sociaux en matière de retraite continuent dans leurs effets à avantager indirectement les mères de famille au détriment des pères. Mais la prégnance d'une interprétation formelle de l'égalité, exigeant uniquement une indifférenciation des énoncés juridiques et non de leurs effets au regard du sexe, a conduit les juges à considérer ces mesures préférentielles «indirectes» comme *a priori* conformes au principe d'égalité. Toutefois, les juges européens et nationaux n'ont pas pour autant ignoré les effets inégalitaires des dispositifs en cause : si ces mesures ont été jugées conformes au principe d'égalité, c'est en raison de leur caractère dérogatoire, temporaire et parce qu'elles sont destinées en principe à satisfaire un objectif d'intérêt général, à savoir la compensation des inégalités de fait touchant les femmes dans la sphère professionnelle par leur implication dans la sphère familiale. Les mesures préférentielles indirectes sont ainsi conformes au principe d'égalité tant dans son sens formel (A) que substantiel (B).

A. Des mesures préférentielles indirectes conformes à l'égalité formelle

435. Les conditions permettant aux fonctionnaires de bénéficier d'une bonification d'ancienneté d'un an par enfant (article L. 12 b. du CPCM) et d'une liquidation immédiate de la pension à taux plein (article L. 24.I.3° du CPCM) sont, depuis les lois de 2003 et de 2004, neutres quant au sexe¹³³⁶. Or, avant même l'adoption des décrets d'application fixant les conditions d'attributions de ces avantages, ces nouvelles dispositions législatives à peine adoptées ont été critiquées comme avantageant en pratique les mères de famille et portant dès lors atteinte au principe d'égalité. Mais ni le Conseil constitutionnel ni le Conseil d'État n'ont toutefois admis que ces dispositions neutres quant au sexe puissent porter atteinte au principe d'égalité, retenant ainsi une interprétation classique de l'égalité des sexes comme seule exigence d'indifférenciation au sein des textes.

436. **Des avantages sociaux neutres quant au sexe selon le Conseil constitutionnel.** L'interprétation formelle de l'égalité retenue par le législateur en 2003 a été fortement contestée

¹³³⁶ Ces avantages bénéficient ainsi désormais aux « fonctionnaires » – et non plus aux seules mères ayant élevé des enfants – à la seule condition qu'ils ou elles aient interrompu ou réduit leur activité, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, pour prendre en charge leur enfant (ZARCA Alexis, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », *op. cit.*, p. 435).

par nombre de parlementaires. Ces derniers ont vu dans la suppression de la bonification automatique pour les enfants nés après le 1^{er} janvier 2004 une atteinte au principe d'égalité, compris dans un sens plus substantiel comme remède aux inégalités de fait et ont dès lors saisi le Conseil constitutionnel. En effet, l'introduction de la condition d'interruption porterait, selon eux, atteinte à l'égalité des sexes, en raison au moins de deux aspects¹³³⁷ : d'un côté en restreignant l'ouverture de ce droit aux pères qui interrompent moins souvent leur carrière¹³³⁸ et, de l'autre, en incitant davantage les femmes à interrompre leur carrière pour s'occuper des enfants¹³³⁹.

437. Le Conseil constitutionnel a toutefois rejeté l'argumentaire des requérants en retenant une interprétation formelle du principe d'égalité. Sans même rechercher la différence d'impact de la condition d'interruption d'activité sur les mères et les pères, le Conseil se satisfait ainsi de l'apparente neutralité de la mesure quant au sexe des fonctionnaires, en considérant simplement que : « Cette disposition reconnaît la même possibilité de choix aux femmes et aux hommes »¹³⁴⁰. Le principe d'égalité est respecté dès lors que la condition d'interruption d'activité s'impose, dans le texte, aux pères comme aux mères. Par conséquent, le Conseil constitutionnel refuse d'analyser cette question sous l'angle de l'égalité concrète entre les sexes.

438. Il est intéressant de souligner que, dans la même décision, le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur la conformité au principe d'égalité des dispositions du Code de la sécurité sociale qui avantageaient (jusqu'en 2013) cette fois-ci *directement et expressément* les mères de famille quant à la majoration de la durée d'assurance¹³⁴¹. Le Conseil constitutionnel analyse là encore la constitutionnalité de cet avantage spécifique sous l'angle du principe d'égalité formelle – sans pour autant se fonder sur l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946¹³⁴². Cependant, il rappelle également que l'application du principe d'égalité n'exclut pas les différences de traitement, dès lors que celles-ci sont justifiées par des différences de situation ou par des raisons

¹³³⁷ La rupture du principe d'égalité se situe également, selon les auteurs de la saisine, au niveau de la différence de traitement entre les fonctionnaires ayant eu des enfants avant le 1^{er} janvier 2004 et ceux ayant eu des enfants après le 1^{er} janvier 2004, et selon que les fonctionnaires aient liquidé leur retraite avant ou après le 28 mai 2003. En outre, selon les requérants, la réforme aurait pour conséquence de remettre en cause les bonifications d'ancienneté acquises par les pères de famille à la suite de l'application devant les juridictions françaises de la jurisprudence *Griesmar*.

¹³³⁸ Saisine par soixante députés - 2003-483 DC, point IV.2 : « Le législateur tente de restreindre l'ouverture de ce droit aux hommes, dès lors que, de fait et la plupart du temps, ce sera la femme qui se verra contrainte de demeurer au foyer ». Les mères sont forcément avantagées, puisqu'elles interrompent au moins automatiquement leur carrière pour prendre le congé de maternité, obligatoire pendant huit semaines (article L. 331-3 du Code de la sécurité sociale).

¹³³⁹ Voir notamment, lors de la séance du 27 juin 2003 à l'Assemblée nationale, les interventions de Pascal Terrasse, p. 6188 ; de Jean-Pierre Brard, p. 6196.

¹³⁴⁰ Cons. constit., 14 août 2003, n° 2003-483 du sur la loi portant réforme des retraites, cons. 32.

¹³⁴¹ Article 32 de la loi du 21 août 2003, modifiant l'article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale : « Les femmes assurées sociales bénéficient d'une majoration de leur durée d'assurance d'un trimestre pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant, dans des conditions fixées par décret, dans la limite de huit trimestres par enfant ».

¹³⁴² Décision n° 2003-483 précitée, cons. 24 : « L'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents »

d'intérêt général¹³⁴³. Or, le Conseil constitutionnel estime que la différence de traitement en cause poursuit précisément un but d'intérêt général, à savoir la compensation des « inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet »¹³⁴⁴. Pour la première fois¹³⁴⁵, il admet une mesure préférentielle en faveur des femmes, en prenant acte de l'interruption de carrière plus fréquente des femmes pour assurer l'éducation des enfants – qui entraîne une durée d'assurance inférieure de onze années par rapport aux hommes, aboutissant à des pensions de retraite inférieures de plus du tiers à celles des hommes. La différence de traitement entre les sexes est donc bien admise par le Conseil constitutionnel, mais comme dérogation à l'égalité conçue comme identité de traitement : le but d'intérêt général poursuivi par le législateur, à savoir la réduction des inégalités de fait, permet de déroger à l'égalité, qui demeure le principe appliqué.

439. Dès lors, le contraste entre les deux parties de la décision, celle relative au Code des pensions et celle relative au Code de la sécurité sociale, permet de conforter l'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel retient avant tout une interprétation formelle de l'égalité des sexes. En effet, dans le cas où l'avantage social bénéficie en apparence aux deux sexes dans l'énoncé juridique, il n'exerce aucun contrôle de la disposition au regard du principe d'égalité, ce dernier étant respecté dès lors que la mesure remplit l'exigence d'indifférenciation. En revanche, dès l'instant où la mesure préférentielle introduit une différence de traitement fondée sur le sexe au sein même de l'énoncé juridique, le Conseil constitutionnel applique le principe d'égalité, en vérifiant si une telle différenciation est ou non justifiée, notamment par un but d'intérêt général qui permet de déroger à l'exigence d'indifférenciation, ce qui est le cas en l'espèce. Le Conseil d'État a lui aussi refusé d'admettre que les mesures préférentielles indirectes puissent violer le principe d'égalité, en s'abstenant d'appréhender l'impact potentiellement inégal du dispositif sur les mères et les pères de famille.

440. **L'évidence de la conformité des dispositions législatives au principe d'égalité pour le Conseil d'État.** L'application de la nouvelle condition d'interruption de carrière a conduit après 2003 à évincer des hommes de la bonification d'ancienneté pour enfant ou de la liquidation immédiate de leur pension, car ils ne remplissaient pas cette condition. Ces refus ont donné lieu à des contentieux administratifs engagés par des hommes à l'encontre du décret d'application de la loi de 2003, mais également directement à l'encontre des dispositions législatives susmentionnées.

¹³⁴³ Décision n° 2003-483 précitée, cons. 23 : « Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

¹³⁴⁴ Décision n° 2003-483 précitée, cons. 25.

¹³⁴⁵ CALVÈS Gwénaële, « Le Conseil constitutionnel français et la réforme des retraites : une occasion manquée pour le développement du contentieux de l'égalité entre les sexes », in TSUJIMURA Miyoko, LOCHAK Danièle, *Egalité des sexes : la discrimination positive en question*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 106.

Les requérants ont dès lors cherché à écarter l'application de l'article L. 12 b., à travers, en premier lieu, le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne et, en second lieu, la question prioritaire de constitutionnalité.

441. Dans une affaire examinée par le Conseil d'État en 2009, le requérant faisait valoir que les conditions d'obtention de la bonification d'ancienneté heurtaient le principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins issu de l'article 141 du Traité, en avantageant indirectement les mères de famille au détriment des pères. Le fondement juridique invoqué aurait pu être prometteur devant la Cour de justice, en raison, d'une part, des antécédents de la jurisprudence *Griesmar*, plutôt défavorables aux avantages sociaux préférentiels bénéficiant à un seul sexe, et d'autre part, de la tendance de la Cour à reconnaître aisément les « discriminations indirectes »¹³⁴⁶. Néanmoins, le Conseil d'État a jugé que le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice sur ce point était inutile, la conformité de l'article L. 12 b. avec le principe d'égalité des rémunérations relevant presque de l'évidence dans son raisonnement : « Ces dispositions ouvrent dans les mêmes conditions aux fonctionnaires masculins et féminins une bonification d'un an par enfant »¹³⁴⁷. Il retient ainsi, à l'instar du Conseil constitutionnel en 2003, une interprétation formelle de l'égalité.

442. Pourtant, le Conseil d'État relève bien que la bonification vise à « compenser les inconvénients causés à [la] carrière [des fonctionnaires] par l'interruption de leur service, à l'occasion d'une naissance, d'une adoption ou de périodes consacrées à l'éducation des enfants ». Toutefois, il refuse d'admettre que cette « compensation » tend indirectement à avantager les mères de famille et n'a pas le même effet sur tous les fonctionnaires. Le Conseil d'État aurait pu, sur ce point, adopter une interprétation téléologique de la disposition, en renvoyant à l'intention du législateur, dont l'objectif est clairement, au regard des débats parlementaires¹³⁴⁸, d'avantager les mères de famille, mais il a préféré retenir une interprétation littérale de l'article L. 12 b. dont l'énoncé est en lui-même neutre à l'égard du sexe.

443. Une interprétation identique du principe d'égalité a été retenue par le Conseil d'État dans des affaires relatives au droit pour les fonctionnaires de liquider immédiatement leur pension lorsqu'ils ont interrompu leur carrière pour élever trois enfants vivants ou décédés par fait de

¹³⁴⁶ Cf. partie II, titre I, chapitre I.

¹³⁴⁷ CE, 8 avril 2009, n° 311687.

¹³⁴⁸ Voir par exemple l'intervention du ministre de la Fonction publique Jean-Paul Delevoye lors de la séance du 26 juin 2003 à l'Assemblée nationale, p. 6139 : « M. Terrasse nous a accusés de vouloir maintenir les femmes au foyer. C'est très éloigné de notre conception de la femme, qui, selon nous, doit pouvoir choisir son activité professionnelle et concilier les différentes périodes de sa vie ».

guerre ou un enfant invalide (article L. 24-I-3° du CPCM)¹³⁴⁹, en refusant de transférer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel¹³⁵⁰. Les juges dénie le caractère sérieux de la question, en montrant qu'à l'évidence, les dispositions en cause ne heurtent pas le principe d'égalité des sexes, puisque la condition d'interruption d'activité s'applique aux fonctionnaires des deux sexes. Guidé par la seule exigence d'indifférenciation formelle, le juge ne s'interroge pas sur les potentielles inégalités engendrées par l'application de la condition d'interruption d'activité.

444. Cependant, si la conformité de ces dispositions législatives au principe d'égalité s'impose comme une évidence dans le raisonnement des juges, il en a été différemment des dispositions réglementaires chargées de l'application de cette condition. En effet, le juge administratif a admis, encore une fois sous la pression du juge européen, qu'en dépit de leur énoncé neutre quant au sexe des bénéficiaires, celles-ci entraînaient une différence de traitement entre les fonctionnaires féminins et masculins en avantageant indirectement les mères de famille. Malgré tout, ces mesures préférentielles indirectes en faveur des mères de famille ont été considérées comme justifiées, mais sous certaines conditions de façon à ne pas porter atteinte de façon trop radicale à l'égalité formelle.

B. Des mesures préférentielles indirectes justifiées par leur caractère temporaire et leur finalité compensatrice

445. En dépit de la neutralité à l'égard du sexe des dispositions législatives du Code des pensions, les textes réglementaires ont conduit à réintroduire indirectement une préférence à l'égard des mères de famille¹³⁵¹, en définissant la condition d'interruption de carrière en référence aux congés pris exclusivement ou majoritairement par celles-ci. Contestées par des pères de famille, les mesures préférentielles bénéficiant indirectement aux mères ont d'abord été admises par le Conseil d'État, puis considérées comme discriminatoires par la Cour de justice, pour enfin être de nouveau admises par le Conseil d'État quoique de façon plus nuancée.

¹³⁴⁹ CE, 28 juin 2010, n° 338537.

¹³⁵⁰ Le Conseil d'État juge que les conditions posées par l'article 61-1 de la Constitution pour qu'une telle question prioritaire de constitutionnalité soit renvoyée au Conseil constitutionnel, à savoir le caractère nouveau et sérieux de la question, ne sont pas remplies. La question n'est pas nouvelle, car elle a déjà fait l'objet d'un examen par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 14 août 2003 relative à la loi sur la réforme des retraites. Ce premier argument est contestable car inexact ; la disposition en cause n'a pas été modifiée par la loi de 2003, mais par la loi du 30 décembre 2004 qui a étendu le bénéfice de la retraite anticipée à tous les fonctionnaires sans distinction de sexe, en prévoyant la condition d'interruption d'activité. Or, cette disposition n'a en elle-même jamais fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel. Mais bien que la question de la constitutionnalité de l'article L. 24-I-3° n'ait jamais été posée, celle de la constitutionnalité de la condition d'interruption d'activité a déjà été examinée en 2003 et n'est donc pas considérée par les juges comme une question nouvelle. Le Conseil d'État retient donc ici facilement le caractère « ancien » de la question de constitutionnalité, aboutissant dans ce contexte à empêcher son transfert au Conseil constitutionnel.

¹³⁵¹ ZARCA Alexis, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », *op. cit.*, p. 429.

446. **L'introduction de mesures préférentielles indirectes par voie réglementaire**¹³⁵². Deux décrets d'application sont venus définir les cas d'interruption d'activité, qui sont *a priori* ouverts à la fois aux mères et aux pères de famille¹³⁵³. Ainsi, l'interruption d'activité ouvrant droit à la bonification d'ancienneté ou à la liquidation immédiate doit être au moins égale à deux mois. Cette période prend en compte le congé de maternité, certes ne bénéficiant qu'aux mères, mais aussi le congé d'adoption, le congé parental, le congé de présence parentale et même, seulement pour ce qui est de la liquidation immédiate, le congé de paternité.

447. Si la condition d'interruption d'activité ainsi définie semble à première vue pouvoir être remplie par les fonctionnaires des deux sexes, l'exigence d'une durée d'interruption de deux mois va dans la pratique conduire à avantager majoritairement les mères. En effet, comme le relève Alexis Zarca : « La durée du congé pour maternité (quatre mois) permet que cette condition de durée soit systématiquement remplie et, surtout, l'objet même de ce congé lui confère un caractère quasi captif puisque, à la différence de ce qu'il est pour tous les autres congés visés, les femmes concernées ont vocation à toujours en faire usage »¹³⁵⁴. De surcroît, contrairement aux autres congés, une période du congé de maternité est obligatoire – huit semaines – qui correspond exactement à la durée d'interruption requise pour bénéficier des avantages en matière de retraite. Dès lors, le caractère obligatoire du congé de maternité conduit à garantir automatiquement aux mères le bénéfice de ces avantages, alors que les pères, bénéficiant seulement d'un congé facultatif, doivent quant à eux apporter la preuve que leur interruption de carrière est liée à l'éducation des enfants¹³⁵⁵. Le défaut d'une telle preuve a ainsi conduit le Conseil d'État à rejeter des demandes faites par des pères de famille pour l'obtention d'une bonification d'ancienneté¹³⁵⁶. Le pouvoir réglementaire a en ce sens réintroduit une différence de traitement indirecte entre les mères et les pères. Le Conseil d'État a pourtant finalement admis – fut-ce de façon ambivalente¹³⁵⁷ – que les dispositions en cause instituaient bien une différence de

¹³⁵² Les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel relative à la bonification d'ancienneté estimaient que le renvoi par le législateur de la définition de la condition d'interruption d'activité au pouvoir réglementaire méconnaissait l'article 34 de la Constitution. Selon eux, un tel renvoi était constitutif d'une incompétence négative : il revenait au législateur et non au pouvoir réglementaire de fixer les garanties accordées aux fonctionnaires. Le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas considéré que le législateur était resté en deçà de sa compétence et que, s'il lui revenait le pouvoir de fixer la condition d'interruption d'activité, il pouvait renvoyer au pouvoir réglementaire la détermination des cas d'interruption d'activité autorisés pour bénéficier de la bonification d'ancienneté (décision n° 2003-483 précitée, cons. 30).

¹³⁵³ Décret n° 2003-1305 du 26 décembre 2003, modifiant l'article R. 13 du CPCM, relatif à la bonification d'ancienneté, et décret n° 2010-1741 du 30 décembre 2010, modifiant l'article R. 37 du CPCM, relatif à la liquidation immédiate.

¹³⁵⁴ ZARCA Alexis, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », *op. cit.*, p. 436.

¹³⁵⁵ *Ibid.*, p. 436 : « Le dispositif réglementaire aboutit clairement à garantir, au bénéfice des seuls fonctionnaires féminins, l'automatisme de l'attribution de la bonification pour éducation des enfants ».

¹³⁵⁶ Voir, par exemple, CE, 10 juillet 2009, n° 305785.

¹³⁵⁷ Dans l'arrêt *D'Amato* du 29 décembre 2004 (n° 265097), le Conseil d'État admet en même temps, de façon quelque peu paradoxale, que l'avantage bénéficie « tant aux hommes qu'aux femmes » – ce qui le rend conforme à l'égalité formelle – et que l'application du dispositif avantage indirectement les mères : « Le décret attaqué prévoit parmi les positions statutaires donnant

traitement, en prévoyant des avantages spécifiques aux femmes¹³⁵⁸. Il a jugé que celles-ci étaient justifiées, notamment par l'objectif de compensation des désavantages subis par les fonctionnaires féminins dans leur carrière professionnelle en se fondant sur l'article 141-4 du Traité instituant la Communauté européenne¹³⁵⁹. Tel n'a pas été le cas de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a considéré que la différence de traitement indirecte engendrée par le dispositif réglementaire était précisément contraire à l'égalité de rémunération.

448. Des différences de traitement contraires à l'égalité des sexes pour la Cour de justice. La Cour administrative d'appel de Lyon – bien qu'elle ne soit pas une juridiction de dernière instance¹³⁶⁰ – a pris le contrepied de la ligne jurisprudentielle du Conseil d'État¹³⁶¹ en renvoyant à la Cour de justice la question de savoir si les dispositions réglementaires relatives à la bonification d'ancienneté portaient ou non atteinte indirecte au principe d'égalité¹³⁶². Dans l'affaire *Leone* examinée par la Cour de justice en 2014, le requérant, père de famille, s'était en effet vu refuser sa retraite anticipée et faisait valoir que les dispositions combinées de l'article L. 24 et R. 37 du CPCM constituaient une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Selon lui, elles défavorisaient dans les faits majoritairement les fonctionnaires masculins quant à la jouissance de la liquidation immédiate. Sans développer ici la notion de « discrimination indirecte » qui fera l'objet d'une analyse ultérieure, il s'agit néanmoins d'indiquer les deux conditions requises par le droit de l'Union européenne pour qualifier une telle discrimination. D'une part, la disposition en cause, neutre en apparence au regard du sexe, doit avoir en pratique un impact différencié sur les femmes et les hommes, aboutissant dès lors à une différence de traitement factuelle. D'autre part, pour être qualifiée de discriminatoire, la différence de traitement indirecte doit être dénuée de justification étrangère à toute discrimination.

droit à son bénéfice, le congé de maternité, alors même que de ce fait et en raison du caractère facultatif des autres congés, pour la plupart non rémunérés, le dispositif nouveau bénéficiera principalement aux fonctionnaires de sexe féminin ».

¹³⁵⁸ CE, 29 décembre 2004, n° 265097, s'agissant de la bonification d'ancienneté ; CE, 6 décembre 2006, n° 280681, s'agissant de la liquidation immédiate.

¹³⁵⁹ Le Conseil d'État rappelle ainsi que l'article 141-4 permet aux États membres d'adopter de telles mesures préférentielles : « Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

¹³⁶⁰ Le droit de l'Union européenne admet la possibilité pour une juridiction qui ne statue pas en dernière instance de renvoyer à la Cour de justice une question préjudicielle, notamment lorsqu'elle « considère que l'appréciation en droit faite au degré supérieur pourrait l'amener à rendre un jugement contraire au droit de l'Union » (CJUE, 17 juillet 2014, *Époux Leone*, C-173/13, point 33), ce qui aurait été le cas dans le contexte étudié, au regard de la jurisprudence du Conseil d'État.

¹³⁶¹ CE, 8 avril 2009, n° 311687, précité.

¹³⁶² CAA Lyon, 3 juill. 2013, n° 12LY02596.

449. Dans l'affaire *Leone*, la Cour de justice interprète de façon stricte les deux conditions permettant d'établir l'existence de la discrimination indirecte¹³⁶³. Ainsi, elle constate, à l'instar de l'avocat général Niilo Jääskinen¹³⁶⁴, que les dispositions du Code des pensions, bien qu'apparemment neutres quant au sexe, instaurent dans les faits une différence de traitement entre les femmes et les hommes. La Cour relève en ce sens que la condition d'interruption d'activité de deux mois, permettant d'ouvrir les avantages en matière de retraite, est automatiquement remplie par les mères, qui ont l'obligation de prendre un congé de maternité de huit semaines, contrairement aux autres types de congés ouverts aux hommes qui sont facultatifs¹³⁶⁵. En revanche, la Cour ne reprend pas les statistiques soumises par les requérants, qui montrent que les interruptions de carrière subséquentes à un congé parental sont prises, pour l'année 2007, à 94 % par les mères et seulement à 6 % par les pères¹³⁶⁶, contrairement à l'avocat général qui souligne la part d'investissement des mères dans l'éducation des enfants¹³⁶⁷. En tout état de cause, la Cour juge que la condition d'interruption d'activité est « de nature à être remplie par un pourcentage considérablement plus faible de fonctionnaires masculins que de fonctionnaires féminins, de sorte qu'elle désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs d'un sexe que de travailleurs de l'autre sexe »¹³⁶⁸.

450. La différence de traitement indirecte étant ainsi établie, la Cour contrôle ensuite l'existence d'un objectif légitime étranger à toute discrimination et l'adéquation entre les moyens adoptés par le droit français et sa finalité. Premièrement, la Cour émet un doute sur l'existence même d'un objectif légitime, qui s'apparente davantage à de « simples affirmations générales »¹³⁶⁹. En effet, il semble difficile d'admettre que la bonification d'ancienneté ou la liquidation immédiate vise à compenser des retards de carrière due à la prise de congés de maternité ou de congés d'adoption, alors même que ces deux types de congés sont rémunérés et s'accompagnent d'un maintien de l'acquisition des droits à pension et d'avancement¹³⁷⁰. Le doute quant à l'objectif de compensation mis en avant par le gouvernement français est d'autant plus grand à la lecture des motifs du projet de loi de 2003 exposés par le ministre de la Fonction publique. Ceux-ci visent en effet davantage à encourager la conciliation entre la vie familiale et professionnelle pour

¹³⁶³ BOUTAYEB Chahira, « Le régime français de retraite des fonctionnaires à l'épreuve du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes », *Revue de droit sanitaire et social*, 2014, p. 1073.

¹³⁶⁴ Conclusions de l'avocat général Jääskinen présentées le 27 février 2014, C-173/13, point 35.

¹³⁶⁵ CJUE, 17 juillet 2014, *Époux Leone*, C-173/13, points 45 à 48.

¹³⁶⁶ BOUTAYEB Chahira, « Le régime français de retraite des fonctionnaires à l'épreuve du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes », *op. cit.*, p. 1073.

¹³⁶⁷ Conclusions de l'avocat général Jääskinen précitées, point 35.

¹³⁶⁸ Arrêt précité, point 51.

¹³⁶⁹ Arrêt précité, point 59.

¹³⁷⁰ ZARCA Alexis, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », *op. cit.*, p. 438.

l'avenir – et ce faisant, à poursuivre une politique nataliste –, qu'à compenser des inégalités passées¹³⁷¹.

451. Deuxièmement, la Cour interroge également l'adéquation des mesures adoptées à l'objectif de compensation des inégalités de carrière poursuivies. En effet, outre certaines incohérences du système¹³⁷², la Cour met en exergue l'inefficacité des mesures compensatrices adoptées par le législateur français pour lutter contre les inégalités de fait¹³⁷³. Une telle mesure s'avère inefficace, du point de vue de la réalisation de la « pleine égalité » entre les femmes et les hommes, parce qu'elle ne permet pas de remédier concrètement aux inégalités de fait touchant les fonctionnaires durant leur carrière professionnelle¹³⁷⁴, par exemple, en encourageant les hommes à prendre le congé parental¹³⁷⁵. En définitive, le dispositif du Code des pensions ne permet pas de remplir « de façon cohérente et systématique » l'objectif que la Cour de justice juge légitime, à savoir, la remise en cause des inégalités de fait qui existent entre les sexes dans le déroulement de la carrière. En l'absence d'une adéquation entre les moyens mis en œuvre par le droit français et cette finalité, la différence de traitement indirecte entre les fonctionnaires masculins et féminins est par conséquent constitutive, selon la Cour, d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe touchant les fonctionnaires pères de famille.

452. Il faut comprendre que si la Cour de justice exerce un contrôle strict de ces mesures, c'est qu'elles sont appréhendées comme dérogations au principe d'égalité – hommes et femmes étant par principe placés dans des situations similaires s'agissant de l'éducation des enfants¹³⁷⁶. En effet, contrairement à ce que suggéraient certains auteurs¹³⁷⁷, les avantages sociaux prévus par la

¹³⁷¹ Voir l'intervention du ministre de la Fonction publique Jean-Paul Delevoye lors de la séance du 26 juin 2003 à l'Assemblée nationale, p. 6141.

¹³⁷² Concernant la bonification d'ancienneté par enfant, la Cour relève par exemple que cet avantage peut être accordé même s'il n'y a pas eu d'interruption d'activité : il s'applique en effet aux femmes ayant accouché lors de leurs études, avant le 1^{er} janvier 2004, et avant leur recrutement dans la fonction publique. Il apparaît dès lors incohérent d'avancer que la bonification sert à compenser des interruptions d'activité dans la carrière, alors même que le dispositif s'applique également s'il n'y a pas eu d'interruption d'activité à proprement parlé (points 70 et 71). S'agissant de la bonification et de la liquidation immédiate, la Cour estime que soumettre l'octroi de ces avantages à la condition supplémentaire que les enfants aient été élevés pendant neuf ans au moins par le fonctionnaire concerné n'apparaît pas cohérent au regard de l'objectif de compensation poursuivi (points 72, 73 et 92). De même, concernant la liquidation immédiate, il apparaît incohérent pour la Cour, au regard de l'objectif de compensation, de prévoir un avantage similaire pour les fonctionnaires ayant interrompu leur carrière à raison de trois périodes de deux mois pour trois enfants distincts et pour ceux qui l'ont interrompu à raison de deux mois pour un enfant atteint d'une invalidité égale ou supérieure à 80 % (point 93).

¹³⁷³ Arrêt précité, point 90 : « Il n'apparaît pas, *a priori*, que le fait d'admettre des fonctionnaires, de manière anticipée, à la retraite avec pension à jouissance immédiate, puisse être de nature à compenser des désavantages de carrière résultant d'une triple interruption d'activité professionnelle de deux mois ».

¹³⁷⁴ Arrêt précité, point 102.

¹³⁷⁵ BOUTAYEB Chahira, « Le régime français de retraite des fonctionnaires à l'épreuve du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes », *op. cit.*, p. 1073.

¹³⁷⁶ La Cour de justice éprouve en effet des difficultés pour admettre la légitimité de différences de traitement qui ne seraient pas fondées sur des différences biologiques entre les sexes. Voir SURREL Hélène, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *RTDH*, n° 57, 2004, p. 156-157.

¹³⁷⁷ MAYEUR-CARPENTIER Coralie, « La législation française sur les pensions est encore discriminatoire... à l'égard des hommes », *Actualité juridique Fonctions publiques*, 2015, p. 148.

législation française ne concernent pas ici une protection spécifique de la maternité appréhendée hors du terrain de l'égalité¹³⁷⁸ mais bien, par exception au principe d'égalité¹³⁷⁹, une compensation des désavantages subis en raison des interruptions de carrières liées à la prise en charge générale des enfants¹³⁸⁰. Le caractère strict du contrôle effectué par le juge de l'Union européenne est d'autant plus notable qu'il contraste avec la souplesse du contrôle effectué par la Cour européenne des droits de l'homme sur la même question. Dans une affaire de 2013 contre la France, celle-ci refuse d'admettre que la nouvelle version de l'article L. 24-I-3° puisse constituer une discrimination indirecte fondée sur le sexe, pour deux raisons. Elle estime, d'une part, que les requérants ne remplissaient pas la condition d'interruption d'activité leur permettant d'obtenir la retraite anticipée, les plaçant dans une situation différente de celle des mères de famille¹³⁸¹. Ainsi, alors que la Cour de justice apprécie la similitude de situation par rapport aux rôles supposés similaires des pères et mères dans l'éducation des enfants, la Cour européenne renvoie au critère de l'interruption d'activité pour juger à l'inverse de la différence de situation entre les mères et pères. La Cour effectue dès lors un contrôle par rapport à la situation concrète des requérants, en prenant en compte à ce stade, de manière plus générale, les inégalités de fait existant sur ce point entre les hommes et les femmes. Elle juge, d'autre part, que la mesure est justifiée par l'objectif de compensation des inégalités sociales et économiques subies par les femmes¹³⁸². À l'inverse de la Cour de justice, dont le contrôle de l'objectif légitime et des moyens employés pour le réaliser est beaucoup plus poussé, la Cour européenne admet aisément la légitimité des mesures préférentielles bénéficiant indirectement aux mères de famille.

453. Bien qu'à l'inverse de la Cour européenne, la Cour de justice ait conclu explicitement dans l'affaire *Leone* à une discrimination indirecte fondée sur le sexe, elle laisse néanmoins une marge de manœuvre aux juridictions internes pour apprécier le caractère légitime de la différence de traitement indirecte engendrée par l'application du droit des pensions. Elle se contente de donner de « simples indications » dans le cadre de la question préjudicielle¹³⁸³. Or, le Conseil d'État n'a

¹³⁷⁸ Comme l'a affirmé la Cour de justice dans l'arrêt *Griesmar*, dans l'hypothèse où les avantages sociaux seraient destinés à compenser des désavantages subis par les mères pendant la grossesse et la maternité, alors l'exigence d'indifférenciation du principe d'égalité ne s'applique pas, car la différence de traitement est justifiée par une différence de situation (CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, précité, point 46).

¹³⁷⁹ ZARCA Alexis, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », *op. cit.*, p. 437.

¹³⁸⁰ En effet, les interruptions d'activité ouvrant droit à ces avantages ne se bornent pas au congé de maternité, mais incluent le congé parental d'éducation, le congé d'adoption, le congé de présence parental – dans le cas où l'enfant est atteint d'un handicap, d'une maladie ou victime d'un accident d'une particulière gravité – et même le congé de paternité. Les mesures préférentielles en cause ne sauraient donc être réduites à la simple compensation des désavantages subis dans la carrière en raison des congés de maternité et ne sauraient, dès lors, être simplement justifiées par des différences biologiques de situation entre les femmes et les hommes.

¹³⁸¹ CEDH, 15 octobre 2015, *Michel Greneche c/ France*, n° 34538/08, point 35.

¹³⁸² Affaire précitée, point 32.

¹³⁸³ Arrêt précité, point 56.

pas suivi les « indications » données par la Cour de justice et continue de refuser de considérer les mesures préférentielles indirectes comme des discriminations illégitimes.

454. **Des mesures préférentielles justifiées pour le Conseil d'État.** Dans l'affaire *Quintanel* examinée par le Conseil d'État dans un arrêt de mars 2015, dont la solution a depuis lors été réaffirmée¹³⁸⁴, le juge administratif a estimé que les dispositions réglementaires relatives à la bonification d'ancienneté et à la liquidation immédiate n'étaient pas discriminatoires¹³⁸⁵. Le requérant contestait en effet ces dispositions, car il s'était vu refuser l'admission à la retraite avec jouissance immédiate de sa pension en sa qualité de père de trois enfants, ainsi que le bénéfice d'une pension de retraite majorée. Les juges ont refusé d'accueillir sa demande et, par là même, n'ont pas suivi la qualification opérée par la Cour de justice des dispositions du Code des pensions en cause. Certes, le Conseil d'État admet clairement que ces dispositions engendrent une différence de traitement désavantageant indirectement les fonctionnaires masculins¹³⁸⁶ – contrairement à l'affaire *D'Amato* où il soutenait encore que l'avantage bénéficiait autant aux hommes qu'aux femmes¹³⁸⁷. Toutefois, à l'inverse de la Cour de justice, il considère qu'une telle différence de traitement est bien justifiée par un « objectif légitime de politique sociale », et que le dispositif en cause est « propre à garantir cet objectif et nécessaire à cet effet ». L'objectif de politique sociale en question n'est autre que l'apport d'une « compensation partielle et forfaitaire des retards et préjudices de carrière manifestes » qui ont pénalisé les mères de famille. Le Conseil d'État rejoint ici la position retenue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Andrle c/ République tchèque* de 2011¹³⁸⁸ – certains auteurs ne manquant pas de qualifier une telle approche de « paternaliste » car privilégiant une protection des femmes au détriment des hommes¹³⁸⁹.

455. Néanmoins, comme l'a souligné Aude Bouveresse, la motivation du juge administratif est lacunaire : il affirme la nécessité de la mesure sans pour autant démontrer son adéquation avec l'objectif poursuivi et ne répond donc pas aux critiques de la Cour de justice s'agissant des

¹³⁸⁴ CE, 31 juillet 2015, n° 381979 ; CE, 5 octobre 2015, n° 373697 ; CE, 15 février 2016, n° 385675 ; CE, 30 mars 2016, n° 381117 ; CE, 6 mai 2016, n° 384368 ; CE, 19 octobre 2016, n° 395562 ; CE, 28 juillet 2017, n° 394776.

¹³⁸⁵ CE, 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372426.

¹³⁸⁶ Arrêt *Quintanel* précité : le juge mentionne ainsi « la différence de traitement dont bénéficient indirectement les femmes mères d'enfants nés avant le 1er janvier 2004 par le bénéfice systématique de la bonification pour enfant tel qu'il découle de la prise en compte du congé maternité, en application des dispositions combinées du b de l'article L. 12 et de l'article R. 13 du code des pensions civiles et militaires de retraite ».

¹³⁸⁷ CE, 29 décembre 2004, *D'Amato*, n° 265097.

¹³⁸⁸ Les juges européens ont en effet estimé que l'avantage concernant l'âge de départ en retraite bénéficiant aux femmes – et non pas aux hommes – suivant le nombre d'enfants élevés, ne constituait pas une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention, car elle était justifiée par un objectif de compensation des inégalités de carrières touchant les mères de famille (CEDH, 17 février 2011, *Andrle c/ République tchèque*, n° 6268/08, point 60).

¹³⁸⁹ MARTIN Denis, « La discrimination fondée sur le sexe dans l'octroi de prestations sociales : un peu, beaucoup, ...pas du tout », *RTDH*, n° 89, janvier 2012, p. 197.

incohérences du dispositif¹³⁹⁰. Le Conseil d'État se contente d'appuyer la légitimité du dispositif de compensation en montrant, statistiques à l'appui, que les mères interrompent leur carrière en pratique plus souvent que les pères à l'arrivée d'un enfant, ce qui entraîne davantage de retards de carrière et, par conséquent, une rémunération et une pension de retraite moins importantes¹³⁹¹. En revanche, il ne démontre pas en quoi ce dispositif permet de remédier concrètement aux inégalités de fait touchant majoritairement les femmes dans le déroulement de la carrière. À l'inverse, le rapporteur public Bertrand Dacosta répond dans ses conclusions à certaines critiques opposées par la Cour de justice¹³⁹². Il fait notamment valoir que le remède aux inégalités subies par les femmes dans leur carrière ne peut s'effectuer que par des mesures de compensation à travers des avantages en matière de retraite tout simplement parce que, par définition, les désavantages subis sont causés par des inégalités déjà passées¹³⁹³. Mais le Conseil d'État ne reprend pas les tentatives de réponses du rapporteur public et se borne à affirmer la légitimité de l'objectif de compensation poursuivi par le législateur.

456. Cependant, si le Conseil d'État considère que les différences de traitement indirectes sont conformes à l'égalité de rémunération, c'est précisément parce que le caractère compensatoire du dispositif a vocation à être limité dans le temps et à ne concerner que des situations passées. Le Conseil d'État insiste en ce sens sur le caractère uniquement compensatoire du dispositif, qui ne vise pas à prévenir et à corriger les inégalités entre les femmes et les hommes pendant leur vie professionnelle, mais à leur apporter un avantage sous forme d'une rémunération différée pour compenser les retards et préjudices de carrières qui ont manifestement pénalisé les femmes. Dans la même logique compensatoire, le caractère temporaire de la mesure constitue une condition d'admission de la mesure préférentielle indirecte. En ce sens, le Conseil d'État souligne que le législateur a entendu maintenir la bonification d'ancienneté «à titre provisoire», pour les fonctionnaires d'enfants nés avant le 1^{er} janvier 2004. Par conséquent, c'est parce que «ces

¹³⁹⁰ BOUVERESSE Aude, «Validation et justifications surprenantes par le Conseil d'État du régime des retraites des fonctionnaires au regard du principe d'égalité de traitement», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, p. 858.

¹³⁹¹ Arrêt *Quintanel* précité : «Selon les données d'une étude statistique du service des retraites de l'État produites par le ministre des Finances et des comptes publics, si une femme fonctionnaire sans enfant perçoit à la fin de sa carrière une pension moyenne supérieure de 2,6 % à celle des hommes également sans enfant, les femmes avec enfants perçoivent en moyenne des pensions inférieures à celles des hommes ayant le même nombre d'enfants ; que ces écarts entre les pensions perçues par les femmes et les hommes s'accroissent avec le nombre d'enfants ; que les pensions des femmes fonctionnaires, rapportées à celles des hommes, sont ainsi inférieures de 9,8 % pour un enfant, de 11,5 % pour deux enfants, de 13,3 % pour trois enfants et de 23 % pour quatre enfants ; que si la bonification par enfant était supprimée, les écarts passeraient à 12,7 % pour un enfant, 17,3 % pour deux enfants, 19,3 % pour trois enfants et à près de 30 % pour quatre enfants ».

¹³⁹² DACOSTA Bertrand, «Régime des pensions, égalité des sexes et droit de l'Union européenne (conclusions CE Ass., 27 mars 2015, *M. Quintanel*, n° 372426)», *RFDA*, 2015, p. 550).

¹³⁹³ Conclusions précitées : «Face à des désavantages dans la vie professionnelle dont sont aujourd'hui victimes des femmes en raison de situations de droit ou de fait antérieures, on ne peut plus prévenir ; on ne peut que guérir ».

dispositions [sont] destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître »¹³⁹⁴, qu'elles sont considérées comme conformes au principe d'égalité.

457. L'insistance sur le caractère compensatoire du dispositif peut paraître étonnante, car l'une des critiques du dispositif faites par la Cour de justice résidait justement dans l'affirmation qu'une telle compensation ne permettait pas de lutter concrètement pour la « pleine égalité » des sexes, notamment en ce qu'elle entérinait la répartition traditionnelle des rôles sociaux de sexe. Les points de vue des deux juridictions divergent donc quant aux conditions exigées pour qu'une mesure préférentielle soit conforme à l'article 157 du TFUE : pour la Cour de justice, la mesure préférentielle ne doit pas conduire à entériner une répartition traditionnelle des rôles sociaux¹³⁹⁵, tandis que pour le Conseil d'État, la mesure doit se borner à compenser des désavantages passés et non à prévenir des inégalités futures.

458. L'indifférenciation des énoncés législatifs relatifs aux avantages sociaux en matière de retraite et d'assurance opérée notamment par la loi de 2003 n'a donc pas pour autant abouti à supprimer les mesures préférentielles indirectes en faveur des mères de famille. Le droit français exige toutefois que ces mesures respectent le principe d'égalité conçue comme identité de traitement, à travers leur apparente neutralité dans les textes les prévoyant, mais également à travers leurs limites, notamment temporelles.

459. Il reste que le processus d'indifférenciation des énoncés juridiques au nom de l'égalité des sexes a conduit à remettre en cause les mesures préférentielles *directement* prévues par les textes législatifs en faveur des mères de famille, qui heurtent l'égalité formelle. Le droit de l'Union européenne a en ce sens orienté le droit français vers une remise en cause des rôles sociaux différenciée entre pères et mères au sein de la sphère familiale et en particulier dans la prise en charge de l'éducation des enfants. Le droit de l'Union européenne distingue ainsi entre, d'un côté, les *mesures spécifiques* en faveur des mères de famille, qui « ne s'inscrivent pas dans une perspective d'égalité, mais au contraire, dans une conception marquée par la répartition des rôles qui a longtemps prévalu dans les textes et qui inspire encore aujourd'hui la pensée d'une partie des responsables politiques »¹³⁹⁶ et, de l'autre, les *actions positives* admises en faveur de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes. Les actions positives relèvent ainsi, selon la définition que l'on retient ici, d'une logique différente de celle des mesures préférentielles. En effet d'une part, elles ne visent pas une catégorie de femmes spécifiques – les mères de famille ou les épouses

¹³⁹⁴ Arrêt *Quintanel* précité.

¹³⁹⁵ FITTE-DUVAL Annie, « L'arrêt *Griesmar* : l'égalité sans concessions », *op. cit.*, p. 111.

¹³⁹⁶ LANQUETIN Marie-Thérèse, « De l'égalité des chances », *Droit social*, 1996, p. 494.

– mais bien le groupe des femmes en son entier. D'autre part, elles ne visent pas à compenser des inégalités passées par des avantages sociaux, mais bien à corriger ou supprimer des inégalités actuelles, notamment par l'instauration de la mixité sexuée dans les domaines où les femmes sont encore sous-représentées, dans les sphères politique, professionnelle et sociale.

460. Par conséquent, bien que les mesures préférentielles et les actions positives instaurent toutes deux des différences de traitement entre les sexes, le processus d'indifférenciation lié à l'application de l'égalité des sexes n'a pas eu le même impact sur ces deux types de mesures qui relèvent de logiques différentes. Il n'a en effet pas abouti à la suppression des actions positives jugées nécessaires à la concrétisation de l'égalité – contrairement à ce qui s'est produit pour les mesures préférentielles jugées illégitimes au regard de l'évolution des rôles sociaux – mais il a en revanche conduit à les limiter et à en restreindre la portée.

Section II. La limitation des actions positives fondées sur le sexe

461. À l'instar des mesures préférentielles prises directement en faveur des mères de famille, les actions positives en faveur de l'égalité de fait entre les femmes et les hommes ont été dans un premier temps remises en cause, à la fois en droit français et en droit de l'Union européenne. En dépit de l'adoption croissante par le législateur de divers dispositifs juridiques visant la concrétisation de l'égalité entre les femmes et les hommes, la prééminence de l'interprétation de l'égalité comme indifférenciation a mené et mène encore nombres d'acteurs juridiques à considérer comme en principe contraire au principe d'égalité toute différence de traitement fondée sur le sexe, fût-elle adoptée pour lutter contre les inégalités de fait. Il convient de montrer comment la construction par différents discours juridiques – notamment des juges et de la doctrine – de l'opposition entre égalité par l'indifférenciation et égalité par la différenciation au profit de la première acception, a conduit à appréhender les actions positives en faveur de l'égalité de fait comme des ruptures, ou tout du moins comme des dérogations au principe d'égalité, avec pour effet de restreindre leur intégration dans le droit (I). Or, cette conception limitée des actions positives peut être expliquée par le fait que l'objectif qui est assigné à ces mesures n'est pas une égalité absolue entre les femmes et les hommes, mais seulement une égalité des chances. En effet, ces « ruptures d'égalité » ont, durant les années 1990 et 2000, été reconnues comme légitimes uniquement lorsqu'elles avaient pour objectif de rétablir l'égalité à compétences égales, visant ainsi davantage à permettre une égalité fondée sur le mérite que l'égalité réelle entre les sexes. Si ce modèle apparaît aujourd'hui remis en cause par la multiplication d'instruments juridiques tendant à une égalité de résultat, il persiste pourtant dans le discours des juges et de la doctrine qui appréhende les actions positives avant tout comme des instruments de l'égalité méritocratique (II).

I. Le caractère dérogatoire et facultatif des actions positives dû à la prééminence de l'égalité comme indifférenciation

462. Afin de tendre à une égalité *de facto* entre les femmes et les hommes, le droit de l'Union européenne, dès son origine dans le Traité de Rome, et le droit français, à partir des années 1980, ont procédé à la « réintroduction » du sexe au sein des énoncés juridiques¹³⁹⁷. Le droit a ainsi autorisé l'adoption d'actions positives dans la sphère politique et dans le domaine de l'emploi, principalement sous la forme de dispositifs visant l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats politiques, fonctions électives et postes à responsabilité. En accordant explicitement un

¹³⁹⁷ LOCHAK Danièle, Le droit et les paradoxes de l'universalité, *op. cit.*, p. 95.

accès réservé aux individus du sexe en sous-effectif – en majorité les femmes – ces dispositifs ont ainsi instauré des différences de traitement entre les sexes, souvent en avantageant de façon indirecte les femmes et, parfois, en prévoyant des mesures visant spécifiquement les femmes de façon directe. Les discours en faveur de la réforme de la parité en politique sont en ce sens « un exemple irréfutable de la place grandissante prise par la différence des sexes dans la vie publique »¹³⁹⁸. Les instigateurs de la parité sont allés jusqu'à repenser l'universalisme par la réintroduction de la différence des sexes dans la définition de la citoyenneté, en prenant en compte le « caractère bisexué de la population »¹³⁹⁹ et en faisant ainsi du citoyen – électeur et éligible – un individu explicitement sexué¹⁴⁰⁰.

463. Or, en raison de leur dimension différentialiste, ces actions positives ont été conçues *a priori* comme des ruptures au principe d'égalité – même si aucune réflexion ou « cadre d'analyse d'ensemble » n'ait été dressé par le Conseil constitutionnel sur la légitimité de telles mesures¹⁴⁰¹. Elles ont dès lors été admises seulement en tant que dérogation à l'égalité formelle, celle-ci ayant été érigée en un principe prévalant sur l'égalité concrète (A). Une telle appréhension restrictive des actions positives a conduit à faire de l'égalité de fait une simple faculté pour le législateur et non une obligation pour l'État ou un droit pour les individus (B).

A. La construction des actions positives comme dérogations à l'égalité

464. Il convient de montrer à travers l'analyse de différents discours juridiques, en particulier ceux des juges et de la doctrine, que les actions positives ont été construites de façon systématique en opposition avec le principe d'égalité. Celui-ci étant avant tout construit comme une exigence d'indifférenciation des énoncés juridiques au regard du sexe, les actions positives ont dès lors été qualifiées de ruptures du principe d'égalité (1) et n'ont été admises qu'en tant que dérogation à ce dernier (2).

1) Des différences de traitement constituant des ruptures d'égalité ou « discriminations positives »

465. Le contexte théorique dans lequel sont appréhendées les actions positives, qui fait primer l'égalité comme indifférenciation sur l'égalité par la différenciation, a conduit dans un premier temps les juges à censurer ces outils correcteurs en tant que ruptures du principe d'égalité.

¹³⁹⁸ SCOTT Joan, *Parité ! L'universel et la différence des sexes*, Paris, Albin Michel, 2005, p. 12.

¹³⁹⁹ CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2010, 3^e édition, p. 86.

¹⁴⁰⁰ LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁰¹ CALVÈS Gwénaële, « Le Conseil constitutionnel et les quotas par sexe : une fuite en avant », *in* BIOY Xavier, FAGES Marie-Laure, *Égalité – Parité. Une nouvelle approche de la démocratie ?*, Presses universitaires de Toulouse, 2013, p. 78.

466. **La primauté de l'égalité comme exigence d'indifférenciation.** Le principe d'égalité, aussi bien dans sa forme générale qu'appliqué à l'égalité des sexes, est interprété majoritairement dans un sens formel, c'est-à-dire comme imposant uniquement, aux termes d'une formulation récurrente dans les discours juridiques français, de traiter de façon identique les individus placés dans des situations similaires¹⁴⁰². Il interdit par conséquent uniquement de traiter différemment les personnes placées dans des situations similaires¹⁴⁰³. Cette conception universaliste de l'égalité, telle que résultant de la formule de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : « La loi est la même pour tous », prévaut ainsi¹⁴⁰⁴ dans les décisions du Conseil constitutionnel¹⁴⁰⁵ et du Conseil d'État¹⁴⁰⁶, tous deux guidés par un « idéal du traitement identique »¹⁴⁰⁷. Appliquée à l'égalité des sexes, cette conception implique de traiter de façon identique les femmes et des hommes, considérés par principe comme placés dans la même situation, sans égard pour les inégalités de fait.

467. La construction juridique de la prééminence de cette interprétation de l'égalité comme indifférenciation conduit donc à « créer une présomption d'égalité selon laquelle la justice exige que tous soient traités également »¹⁴⁰⁸. Elle rend dès lors *a priori* contraire au principe d'égalité les différences de traitements juridiques fondés sur le sexe, même lorsqu'ils visent l'égalité de fait¹⁴⁰⁹. Une opposition hiérarchique est dès lors érigée dans le discours juridique des juges et de la doctrine entre, d'un côté, l'égalité formelle – l'égalité par l'indifférenciation – et, de l'autre, l'égalité de fait – l'égalité par la différenciation –, la première conception prévalant sur la seconde¹⁴¹⁰. Les discours relatifs aux actions positives en faveur de l'égalité des sexes qualifient ainsi celles-ci le plus souvent de ruptures ou d'atteintes au principe d'égalité¹⁴¹¹.

¹⁴⁰² JOUANJAN Olivier, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *op. cit.*, p. 2 ; THARAUD Delphine, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 76.

¹⁴⁰³ BYRNES Andrew, « Article 1 », in FREEMAN Marsha, CHINKIN Christine, RUDOLF Beate, *The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women. A Commentary*, Oxford University Press, 2012, p. 53.

¹⁴⁰⁴ MILLARD Éric, « Constituting Women. The French Ways », in BAINES Beverly, RUBIO-MARIN Ruth, *The gender of constitutional jurisprudence*, Cambridge University Press, 2004, p. 122.

¹⁴⁰⁵ Cons. constit., 21 janvier 1981, n° 80-128 DC, loi relative au travail à temps partiel, cons. 4 : « Le principe d'égalité impose seulement qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles ».

¹⁴⁰⁶ Rapport du Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1998. Cette exigence est appliquée de manière implicite par exemple dans l'arrêt du Conseil d'État du 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire* (n° 92004), qui interprète l'égalité comme s'opposant au traitement différencié des personnes placées dans des situations similaires.

¹⁴⁰⁷ Conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier (CE du 7 mai 2013, n° 362280).

¹⁴⁰⁸ ROSENFELD Michel, « Justice, égalité et action positive : justification et limites », *RDUS*, n° 17, 1986, p. 254.

¹⁴⁰⁹ « Commentaire de l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 », in *Code constitutionnel et des droits fondamentaux*, 2^e édition, 2013, p. 322 : « La mise en œuvre d'une politique tendant à l'égalité réelle ne se conçoit qu'en portant temporairement atteinte à l'égalité formelle. Les deux notions sont en fait antinomiques : pour parvenir à réaliser la première, il faut temporairement renoncer à la seconde. Seules des mesures inégalitaires permettent de réaliser l'égalité. Comment peut-on dès lors justifier, en droit, de violer une règle pour permettre d'atteindre l'objectif qu'elle est censée garantir ? Nécessairement, ces mesures discriminatoires seront contraires au droit interne (article 6 DDHC) et au droit de l'Union (Directive 76/207/CEE) ».

¹⁴¹⁰ RIVERO Jean, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de non-discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, Paris, Dalloz, p. 350.

¹⁴¹¹ Voir par exemple Conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier (CE, 7 mai 2013, n° 362280) : « Lorsque ces mesures sont fondées sur le sexe des personnes, qu'elles soient contraignantes – comme dans la technique des quotas – ou incitatives [...], elles

468. Nombreux sont les auteurs qui se réfèrent, dans le même sens, à l'expression de « discrimination positive » pour désigner les traitements juridiques préférentiels tels que les quotas, qui avantagent de façon prioritaire un groupe au détriment d'un autre, afin de corriger des inégalités de fait¹⁴¹². Or, comme l'affirme Delphine Tharaud, « le choix de cette expression n'est donc pas neutre [...], cette traduction des affirmatives actions comporte un aspect péjoratif indéniable. Cela amène souvent à penser qu'elles sont incohérentes, tout en leur offrant de plus une "image définitivement repoussante" »¹⁴¹³. L'usage de cette expression renvoie au caractère avant tout discriminatoire et donc illégitime de ces mesures¹⁴¹⁴, malgré leur aspect « positif » tendant à la concrétisation de l'égalité¹⁴¹⁵. En ce sens, selon Gwénaële Calvès, il serait « fort regrettable de renoncer ainsi à une expression qui caractérise de façon nette et précise le phénomène qu'elle entend désigner : une mesure dont l'objectif est positif ("promouvoir une égalité pleine et effective", selon la formule utilisée en droit européen des droits de l'homme) mais qui épouse étroitement la *logique même* de la discrimination »¹⁴¹⁶. En matière d'égalité des sexes, les « discriminations positives » visant à lutter contre les inégalités de fait désavantageant majoritairement les femmes, sont ainsi appréhendées comme des discriminations « à rebours » en défaveur des hommes, car elles constituent des atteintes au droit de ces derniers de ne pas être traités différemment selon leur sexe issu du principe d'égalité et de non-discrimination¹⁴¹⁷. L'usage de l'expression « discriminations positives » pour désigner les actions positives fondées sur le sexe semble lié à la difficulté de penser qu'hommes et femmes sont placés dans des situations différentes au regard des inégalités. En effet, la discrimination désigne une différence de traitement illégitime productrice d'inégalités entre deux groupes à situation égale¹⁴¹⁸. Dès lors,

se heurtent au principe d'égalité en droit qui implique la suppression dans la norme de tous les marqueurs de genre » ; voir aussi VERKINDT Pierre-Yves, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », *Droit social*, 2008, p. 1051 ; MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 325.

¹⁴¹² LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁴¹³ THARAUD Delphine, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 22. Voir également p. 24 : « L'emploi du terme de discrimination positive masque donc leur réelle nature. Les discriminations s'attachent moins au mécanisme qu'à la situation initiale qui en rend l'utilisation nécessaire ».

¹⁴¹⁴ Voir par exemple : LEVADE Anne, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4 : « Le principe constitutionnel d'égalité "à la française" interdit au législateur de développer une politique de discrimination positive » ; voir aussi JOUANJAN Olivier, « Égalité », *op. cit.*, p. 588 ; GESLOT Christophe, « Égalité devant la loi et discriminations positives », *AJDA*, 2006, p. 1961.

¹⁴¹⁵ HAQUET Arnaud, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *Revue trimestrielle du droit européen*, 2001, p. 305 : « La discrimination positive se traduit par une mesure qui accorde un avantage à une catégorie de la population socialement défavorisée. Pour des raisons d'équité, le législateur décide de rompre la stricte égalité et d'accorder des droits particuliers aux membres de cette catégorie. On doit alors parler de discrimination/même si la légitimité de la mesure dérogatoire est reconnue en raison de la spécificité du contexte social sur lequel elle opère ».

¹⁴¹⁶ CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2010, p. 25.

¹⁴¹⁷ MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 137 : « La discrimination positive qu'elle entendait établir [...] constituait une discrimination fondée sur le sexe expressément interdite par la constitution ».

¹⁴¹⁸ FASSIN Éric, « Penser la discrimination positive », in BORRILLO Daniel, *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 58.

évoquer l'existence de « discriminations » positives entre hommes et femmes présuppose que ces deux groupes sont placés dans des situations identiques, ce qui n'est précisément pas le cas au regard des inégalités de fait. Cette expression apparaît par conséquent inadéquate par rapport à l'objectif d'égalité de fait, en ce que ce dernier implique de considérer comme légitimes de telles différences de traitement lorsque les femmes et les hommes sont placés dans des situations inégales. En retenant l'expression de « discrimination positive » ou le vocabulaire de la rupture d'égalité pour qualifier les actions positives, ces discours prennent ainsi part à la construction de la prééminence de l'égalité formelle sur l'égalité de fait.

469. Cette opposition hiérarchique entre égalité formelle et égalité de fait peut alors être appréhendée, pour reprendre l'expression de Riccardo Guastini, comme une « hiérarchie axiologique »¹⁴¹⁹. Selon cette conception, le conflit entre les deux interprétations de l'égalité, *de jure* et *de facto*, ne saurait être résolu à travers les moyens traditionnels de résolutions de conflits de normes – notamment à travers la hiérarchie formelle, matérielle ou logique¹⁴²⁰ – en particulier, car les deux acceptions du principe procèdent de la même source formelle. Les interprètes de l'égalité ont dès lors recours à une hiérarchie axiologique établie au moyen d'une « pondération », en attribuant à l'une des deux acceptions de l'égalité une « valeur éthico-politique » plus importante que l'autre¹⁴²¹. Le choix opéré par l'interprète serait ainsi la conséquence d'un jugement de valeur de la part de ce dernier et non d'un critère formel, matériel ou temporel. Or, bien qu'une telle hiérarchie axiologique soit « mobile »¹⁴²², c'est-à-dire non définitive, car soumise à la variation des jugements de valeur des interprètes, les juges ont majoritairement fait prévaloir une interprétation formelle sur une interprétation concrète de l'égalité, en particulier dans les décisions relatives aux mesures de quotas ou à la parité dans le domaine politique.

¹⁴¹⁹ GUASTINI Riccardo, « *Lex superior*. Pour une théorie des hiérarchies normatives », *Revus*, 21, 2013, p. 47-55.

¹⁴²⁰ *Ibid.*, p. 47. L'auteur distingue trois types de hiérarchies classiques : il y a hiérarchie formelle, au sens de Kelsen, lorsqu'une norme est supérieure à une autre car elle règle sa création ; la hiérarchie matérielle s'analyse quant à elle par rapport au contenu des normes, par exemple, lorsque la norme supérieure prévoit elle-même qu'elle ne peut pas être contredite par la norme inférieure ; enfin, la hiérarchie logique ou linguistique fait référence à la supériorité de la norme qui renvoie ou qui porte sur une autre norme, comme c'est le cas pour la norme abrogeant une autre norme.

¹⁴²¹ GUASTINI Riccardo, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in CAUDAL Sylvie, *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 118 : « Une hiérarchie axiologique est une relation de valeur créée (non pas par le droit lui-même, comme la hiérarchie des sources mais par le juge, au moyen d'un jugement comparatif de valeur [...]). Établir une hiérarchie axiologique consiste donc à attribuer à l'un des deux principes en conflit un “poids” – une “importance” éthico-politique – majeur par rapport à l'autre ».

¹⁴²² *Ibid.*, p. 118 : « Une hiérarchie mobile, à son tour, est une relation de valeur instable, changeante : une hiérarchie qui est valable dans le cas concret (ou dans une classe de cas), mais qui pourrait être renversée – et qui est souvent renversée – dans un cas concret différent ».

470. **Le rejet des quotas par sexe et la critique de la parité comme rupture de l'égalité formelle.** Les premières tentatives d'instauration de quotas par sexe¹⁴²³, adoptées dans le but de permettre l'accès des femmes aux candidatures pour les élections municipales, se sont heurtées au contrôle de constitutionnalité exercé de façon à privilégier une conception universaliste de l'égalité. Pourtant, dans un premier temps, les parlementaires ont adopté, non sans réticences certaines¹⁴²⁴, l'amendement modifiant le Code électoral et le Code des communes proposé par Gisèle Halimi en 1982¹⁴²⁵, afin d'introduire, de façon indirecte, un quota de 30 % de femmes sur les listes de candidats aux élections municipales, quota ramené toutefois à 25 % durant les débats parlementaires¹⁴²⁶. L'objectif de cet amendement était explicite : il s'agissait de concrétiser l'égalité des droits – ici le droit à l'éligibilité – en faveur des femmes, à travers l'instauration, par la loi, de dispositifs différentialistes correcteurs des inégalités de fait¹⁴²⁷. Dans la version de la loi du 21 octobre 1982, l'article 260 *bis* du Code électoral prévoyait ainsi que pour les élections municipales dans les villes de plus de 3500 habitants, « les listes de candidats ne peuvent comporter plus de 75 % de personnes de même sexe »¹⁴²⁸, proportion appréciée « au sein de l'ensemble de la liste »¹⁴²⁹, malgré les réticences de nombre d'entre eux qui y voyaient une atteinte à la Constitution, et notamment au principe d'égalité¹⁴³⁰. Cependant, la saisine du Conseil constitutionnel par les parlementaires ne conteste pas la constitutionnalité de la disposition relative aux quotas par sexe.

471. Cette question est néanmoins soulevée d'office par le Conseil constitutionnel, qui déclare inconstitutionnelle cette disposition, conduisant une partie – minoritaire – de la doctrine à réagir vivement contre la censure d'une disposition pourtant adoptée à la quasi-unanimité par la

¹⁴²³ En 1975, la secrétaire d'État à la condition féminine Françoise Giroud a pour projet d'instaurer un quota de 15 % de femmes dans le cadre des élections municipales, et en 1979, le premier projet de loi présenté par Monique Pelletier, ministre déléguée à la famille et à la condition féminine, fixe à 80 % la proportion maximale de candidats d'un même sexe pour les communes de plus de 9000 habitants. Ce projet de loi est adopté à l'Assemblée nationale de façon quasi unanime, mais n'est pas soumis au Sénat en raison du calendrier parlementaire (SÉNAC-SLAWINSKI Réjane, « Évaluation des lois sur les quotas et la parité », Colloque AFSP *Genre et politique*, 30 et 31 mai 2002, p. 12).

¹⁴²⁴ LOCHAK Danièle, « Les hommes politiques, les “sages” (?) et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982) », *Droit social*, n° 2, février 1983, p. 131.

¹⁴²⁵ Amendement n° 106 (débats parlementaires, 3^e séance du 27 juillet 1982 à l'Assemblée nationale, p. 4899) : « Le nombre de candidats du même sexe figurant sur les bulletins distribués aux électeurs ne peut dépasser, pour une même liste, la proportion de 70 p. 100, le résultat étant éventuellement arrondi à l'entier le plus proche. Cette disposition ne s'applique que si tous les sièges de conseillers municipaux sont à pourvoir ».

¹⁴²⁶ Amendement n° 118, proposé par Alain Richard et adopté lors de la séance du 27 juillet 1982 à 476 voix contre 4, p. 4918. L'auteur de l'amendement affirme en effet que l'objectif de 30 pour 100 est un « objectif souhaitable, mais difficilement réalisable ».

¹⁴²⁷ Voir l'intervention de Gisèle Halimi lors de la séance du 26 juillet 1982 à l'Assemblée nationale, p. 4841.

¹⁴²⁸ Débats parlementaires, 3^e séance du 21 octobre 1982, p. 6127.

¹⁴²⁹ L'amendement présenté par Gisèle Halimi proposait, de façon plus stricte, que la proportion devait s'appliquer « successivement à chaque tiers des candidats de la liste » afin d'éviter que les femmes candidates ne soient positionnées en fin de liste, conduisant à amoindrir leurs chances d'être élues.

¹⁴³⁰ Voir par exemple l'intervention du député Jean Foyer lors de la séance du 27 juillet 1982, p. 4916.

représentation nationale en faveur de la concrétisation de l'égalité des sexes¹⁴³¹. Loin de tenir compte d'un tel objectif, le Conseil a retenu une conception formelle de l'égalité pour censurer le dispositif de quotas¹⁴³² en s'appuyant sur l'article 3 de la Constitution – relatif à la souveraineté nationale et à l'indivisibilité du corps électoral – et sur l'article 6 de la Déclaration de 1789 – le principe d'égalité devant la loi – pour s'opposer, en matière de suffrage politique, à la division par sexe des citoyens, électeurs ou éligibles¹⁴³³. Le Conseil n'a toutefois pas censuré la disposition en ce qu'elle comportait une discrimination fondée sur le sexe, car dans ce cas, les juges auraient pu viser l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946, « mais il a préféré se placer sur un terrain [au contraire] très éloigné de la question de l'égalité entre les sexes »¹⁴³⁴. D'ailleurs, du point de vue de l'égalité formelle, la loi ne créait pas de discrimination fondée sur le sexe puisqu'elle prévoyait « un sort identique à l'un et l'autre sexe »¹⁴³⁵.

472. La prééminence du principe d'égalité comme exigence d'indifférenciation, réitérée en 1999 à propos des élections aux élections à l'Assemblée de Corse¹⁴³⁶, va ici de pair avec la défense d'une certaine conception de la représentation nationale, fondée sur l'unité et l'indivisibilité de la nation souveraine. Selon cette conception traditionnelle de la « représentation-incarnation »¹⁴³⁷, les représentants n'ont pas à être représentatifs du peuple¹⁴³⁸ : « Les élus ne sont pas les échantillons représentatifs de la population »¹⁴³⁹. Les représentants ne reçoivent ainsi aucun mandat impératif de la part de leurs électeurs, ils ne sont pas élus pour représenter les intérêts individuels ou catégoriels – par exemple, ceux des femmes – mais exercent leur mandat au nom de l'intérêt

¹⁴³¹ LOCHAK Danièle, « Les hommes politiques, les “sages” (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982) », *op. cit.*, p. 134.

¹⁴³² Selon un autre argument soulevé contre les actions positives en matière électorale, mais non examiné par le Conseil constitutionnel, les quotas par sexe porteraient également atteinte à la liberté des électeurs, contraints de voter pour des candidates « imposées » sur les listes et qui verraient de ce fait leur choix réduit. Mais l'argument de la liberté des électeurs manque de pertinence en ce que d'autres règles limitent déjà cette liberté et en premier lieu le système des listes bloquées (LOCHAK Danièle, « Les hommes politiques, les “sages” (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982) », *op. cit.*, p. 134).

¹⁴³³ Cons. constit., 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales, cons. 8 : « La règle qui, pour l'établissement des listes soumises aux électeurs, comporte une distinction entre candidats en raison de leur sexe, est contraire aux principes constitutionnels ci-dessus rappelés ».

¹⁴³⁴ CALVÈS Gwénaële, « La parité des sexes dans la sphère publique », in *La discrimination positive*, Paris, PUF, 3^e éd., 2010 p. 84.

¹⁴³⁵ LOCHAK Danièle, « Les hommes politiques, les “sages” (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982) », *op. cit.*, p. 135.

¹⁴³⁶ Cons. constit., 14 janvier 1999, n° 98-407 DC sur la loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux. La loi en question établissait un quota de 50 % de membre de chaque sexe sur les listes des candidats aux élections à l'Assemblée de Corse. Aux termes de cette décision, il ne peut être « opéré aucune distinction entre électeurs ou éligibles en raison de leur sexe ».

¹⁴³⁷ DEMICHEL Francine, « A parts égales : contribution au débat sur la parité », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 95.

¹⁴³⁸ MILLARD Éric, « Constituting women. The French ways », in BAINES Beverly, RUBIO-MARIN Ruth, *The gender of constitutional jurisprudence*, Cambridge University Press, 2004, p. 122-148.

¹⁴³⁹ LIBCHABER Rémy, « La parité ou d'un certain malaise dans la représentation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 741.

général de l'entité fictive qu'est la nation¹⁴⁴⁰. Le refus d'admettre des mesures de quotas est donc principalement fondé sur un rejet, au nom de l'égalité formelle, d'une division des citoyens, électeurs et éligibles, par catégorie et notamment par catégorie de sexe.

473. Or, cet argument a été repris par certains parlementaires et juristes pour s'opposer à la réforme visant l'introduction de l'objectif de parité dans la Constitution, lors des débats relatifs au projet de loi constitutionnelle en 1999¹⁴⁴¹. Pourtant, les défenseurs des actions positives en faveur de la représentation politique des femmes avaient justement fait référence à cette notion de « parité »¹⁴⁴² pour se départir de la logique catégorielle des quotas. En effet, afin de surmonter la solution défavorable à la logique catégorielle des quotas par sexe retenue par le Conseil constitutionnel, il était nécessaire d'adopter une stratégie différente de celle de 1982, à la fois sur le plan juridique¹⁴⁴³ et sur le plan conceptuel¹⁴⁴⁴. Sur ce dernier point, les parlementaires favorables à l'égalité de fait ont dû se départir de la logique catégorielle des quotas, considérée comme contraire à « l'idéologie républicaine »¹⁴⁴⁵. La stratégie argumentative a consisté à utiliser la notion de « parité » et non plus celle de « quotas », et de « démontrer sa compatibilité avec les principes républicains »¹⁴⁴⁶. Dans cette perspective, la parité devient une concrétisation de l'universalisme, l'avènement d'un « véritable universalisme »¹⁴⁴⁷, puisqu'elle permet de corriger les

¹⁴⁴⁰ NUKATSUKA Yasue, « Parité versus droit constitutionnel universaliste ? Une réflexion à partir du cas français », in TSUJIMURA Miyoko, LOCHAK Danièle, *Égalité des sexes : la discrimination positive en question*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 129.

¹⁴⁴¹ Projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, présenté au nom de Jacques Chirac, Président de la République, par Lionel Jospin, Premier ministre et par Elisabeth Guigou, Gardes des Sceaux, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 juin 1998.

¹⁴⁴² La notion de « parité » apparaît en France dans les années 1980 d'abord au sein du mouvement Arc-en-Ciel regroupant des militants écologistes et d'extrême gauche, puis, dans le préambule et les statuts du parti politique des Verts. Le parti applique ce principe lors des élections européennes en 1989 en prévoyant une alternance des femmes et des hommes sur leurs listes de candidatures. La notion est ensuite reprise dans le débat public dans les années 1990, relayée par l'ouvrage de Françoise GASPARD, Claude SERVAN-SCHREIBER et Anne LE GALL, *Au pouvoir citoyennes ! Liberté, égalité, parité* publié au Seuil en 1992. Peu à peu, la notion est intégrée au sein des institutions publiques, avec par exemple la création d'un Observatoire de la parité auprès du Premier ministre par le décret n° 95-114 du 18 octobre 1995. Au niveau du Conseil de l'Europe, la Déclaration d'Athènes du 3 novembre 1992 renvoie également à cet objectif, en énonçant que : « La démocratie impose la parité dans la représentation et l'administration des nations » (TASCA Catherine, Rapport n° 1240 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 2 décembre 1998, p. 29).

¹⁴⁴³ Une telle révision a ainsi permis de procéder à un « lit de justice constitutionnel », expression utilisée par le doyen Vedel pour montrer la nécessité d'inscrire dans la Constitution le mécanisme des actions positives tendant à l'égalité des sexes, afin d'éviter toute autre censure possible de la part du Conseil constitutionnel (VEDEL George, « La parité mérite mieux qu'un marivaudage législatif », in *Le Piège de la parité. Arguments pour un débat*, Hachette Littératures, 1999, p. 29), même si d'aucuns ont souligné que l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 aurait potentiellement pu déjà servir de fondement juridique au législateur (voir l'intervention d'Yvette Roudy in TASCA Catherine, Rapport n° 1240 précité, p. 67).

¹⁴⁴⁴ TASCA Catherine, Rapport n° 1451 fait au nom de la commission des lois enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 10 mars 1999, p. 6.

¹⁴⁴⁵ TUSSEAU Guillaume, « Problèmes et contradictions du droit antidiscriminatoire appliqué au domaine de la représentation politique des femmes. Regard comparatiste », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 1er mars 2008, p. 539.

¹⁴⁴⁶ CALVÈS Gwénaële, « La parité des sexes dans la sphère publique », in CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive, op. cit.*, p. 86.

¹⁴⁴⁷ HALIMI Gisèle, Rapport de la commission pour la parité entre les femmes et les hommes dans la vie politique, Paris, La documentation française, 1999, p. 55.

discriminations engendrées par une application formelle du principe d'égalité, ayant exclu les femmes de la jouissance effective du droit à être éligible¹⁴⁴⁸. Cette approche permet de contrer l'argument selon lequel les citoyens, électeurs et éligibles, ne peuvent être divisés en catégories : en effet, les défenseurs de la parité, parlementaires¹⁴⁴⁹ et juristes auditionnés¹⁴⁵⁰, font valoir que les femmes ne sont pas une catégorie ou une minorité, mais bien la moitié de l'humanité. En ce sens, le sexe ne pourrait être dissocié de la définition du citoyen, puisque la différence des sexes constituerait la *prima divisio* précédant tout autre facteur de différenciation¹⁴⁵¹. En s'écartant d'une logique communautariste et catégorielle, rejetée en 1982, l'approche paritaire est définie dans le cadre même de l'universalisme républicain, afin de faire évoluer ce dernier et non de le supplanter. Pris dans son ensemble, l'argumentaire en faveur de la parité tend par conséquent non seulement à un objectif d'égalité concrète, nécessitant un traitement juridique différencié selon le sexe afin de remédier aux inégalités de fait, mais plus encore, à repenser le système représentatif et la démocratie en inscrivant la différence des sexes dans la définition même des représentants du souverain¹⁴⁵². Ceci explique que la réforme de la parité ait été inscrite à l'article 3 de la Constitution relatif à la souveraineté, et non pas seulement à l'article 4 relatif aux partis politiques comme le souhaitaient certains.

474. Mais la rhétorique développée par les défenseurs de la parité n'a pas eu tout à fait les effets escomptés auprès de certains parlementaires et juristes auditionnés, qui ont continué à assimiler la parité aux quotas. Pour rejeter la parité, ils se fondent ainsi sur une interprétation de la souveraineté et de l'égalité qui exige l'indifférenciation entre les citoyens¹⁴⁵³. Ainsi, la parité, en prévoyant une division de la nation entre citoyens féminins et citoyens masculins, remettrait en cause l'universalisme de la citoyenneté¹⁴⁵⁴, la conception républicaine de l'égalité¹⁴⁵⁵ et entraînerait « le risque grave d'être suivi par des revendications de quotas émanant de diverses catégories de la

¹⁴⁴⁸ BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, op. cit. : « Si les femmes n'avaient pas jamais connu de discrimination dans l'accès à la sphère politique, elles se présenteraient aux élections dans une proportion équivalente à celle des hommes ».

¹⁴⁴⁹ Cet argument est mis en avant de façon systématique durant les débats parlementaires sur le projet de loi constitutionnelle : voir parmi de nombreux exemples lors de la séance du 15 décembre 1998 à l'Assemblée nationale, l'intervention de Nicole Ameline : « Les femmes ne sont pas une minorité mais la moitié de l'espèce humaine ».

¹⁴⁵⁰ Voir notamment le point de vue de Guy Carcassonne, lors de l'audition du 29 février 1996 et de Francine Demichel, lors de l'audition du 11 juin 1996 (HALIMI Gisèle, Rapport précité, p. 169 et p. 174).

¹⁴⁵¹ BERENI Laure, LEPINARD Éléonore, « "Les femmes ne sont pas une catégorie". Les stratégies de légitimation de la parité en France », *Revue française de science politique*, Vol. 54, 2004/1, p. 81.

¹⁴⁵² Voir l'intervention de la Garde des Sceaux Elisabeth Guigou lors de la séance du 15 décembre 1998 à l'Assemblée nationale : « La nation souveraine ne sera plus une entité abstraite, mais elle sera incarnée par des hommes et des femmes ».

¹⁴⁵³ Voir l'intervention d'Alain Vasselle lors de la séance du 26 janvier 1999 au Sénat : « Le rapprochement de ces deux articles s'oppose à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ». Voir aussi CABANEL Guy, Rapport n° 156 (1998-1999) fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 janvier 1999 au Sénat.

¹⁴⁵⁴ CABANEL Guy, Rapport n° 156 précité. Voir également l'intervention de Robert Badinter lors de la séance du 26 janvier 1999 au Sénat.

¹⁴⁵⁵ Voir l'intervention de Patrice Gélard lors de la séance du 26 janvier 1999 au Sénat : « Le législateur est resté fidèle à la conception générale de notre Constitution, il est resté attaché au principe d'égalité, au principe d'universalité, au principe d'intégration, et il a toujours été hostile depuis la Révolution française à toute mesure législative qui instaurerait des catégories ».

population et de conduire vers une « démocratie communautarisée »¹⁴⁵⁶. Cette crainte de la parité comme première étape vers le « communautarisme » est omniprésente dans les discours des parlementaires¹⁴⁵⁷ et de certains juristes auditionnés¹⁴⁵⁸. La division des représentants de la nation en fonction de leur sexe conduirait en effet, selon ces discours, les autres minorités à revendiquer le droit d'être représentés en tant que groupe, remettant en cause « la conception individualiste de notre droit »¹⁴⁵⁹. Ces discours sont donc significatifs d'une mobilisation du principe général d'égalité contre les actions positives différencialistes visant l'égalité de fait entre hommes et femmes.

475. Cette opposition hiérarchique entre les deux conceptions de l'égalité se trouve encore dans l'argument selon lequel la parité porterait atteinte à l'égalité, cette fois-ci entre les sexes et ce de deux manières. En premier lieu, elle constituerait une discrimination entre les sexes défavorisant les hommes, d'autant moins acceptée qu'elle porte atteinte à la conception universaliste de la citoyenneté¹⁴⁶⁰. De ce point de vue, le pan « positif » de la discrimination positive ne saurait justifier le désavantage subi par les hommes écartés des candidatures¹⁴⁶¹. Mais en second lieu, la parité constituerait aussi une discrimination « négative » envers les femmes, car elle conduirait à dévaloriser les femmes candidates aux élections, choisies non pas en fonction de leurs compétences mais en raison de leur sexe¹⁴⁶². De surcroît, pour certains, les discours prônant la parité comme moyen d'une meilleure représentativité, en axant leur argumentaire sur la différence des sexes, contribueraient à renforcer l'idée d'une spécificité féminine¹⁴⁶³, qui a longtemps été – et est encore aujourd'hui – source de discriminations contre les femmes. La parité, en tant que « représentation-miroir »¹⁴⁶⁴, tendrait ainsi à « renforcer la tendance à

¹⁴⁵⁶ CABANEL Guy, Rapport n° 156 précité.

¹⁴⁵⁷ Voir l'intervention de Pierre Lellouche lors de la séance du 15 décembre 1998 à l'Assemblée nationale : « Ce texte modifie l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme, qui prescrit que tous les citoyens sont admissibles à toutes les fonctions publiques sans autre distinction que celle de leur talent [...]. Ce texte ne doit pas être dévoyé par le communautarisme ».

¹⁴⁵⁸ Voir par exemple Olivier Duhamel *in* HALIMI Gisèle, Rapport précité, p. 178 : « Il n'est pas difficile d'imaginer les dérives qui pourraient se glisser derrière la consécration de la parité – c'est-à-dire du quota de 50 % pour les femmes. Il faut dire les choses courageusement. La brèche serait ouverte pour que demain les jeunes, puis les noirs, puis les juifs, puis les musulmans, etc. demandent leur juste part. La brèche serait ouverte pour une ethnicisation de la politique ».

¹⁴⁵⁹ Voir l'intervention de Philippe Richert lors de la séance du 26 janvier 1999 au Sénat.

¹⁴⁶⁰ Voir CABANEL Guy, Rapport n° 156 précité. Voir également l'audition de Louis Favoreu du 15 février 1996 : « Dès lors qu'il s'agit de droits politiques et de manière générale des droits du citoyen, il y a exclusion des mesures de discrimination positive, essentiellement pour le droit de vote et d'éligibilité (s'agissant d'élections générales et non professionnelles par exemple) c'est-à-dire dès lors que le citoyen intervient en tant que citoyen et non pas en tant qu'homme situé » (*in* HALIMI Gisèle, Rapport précité, p. 179).

¹⁴⁶¹ Voir l'intervention de François Goulard lors de la séance du 15 décembre 1998 à l'Assemblée nationale : « Cette révision constitutionnelle vise à créer une rupture dans l'égalité des chances au moyen d'une discrimination positive. Je suis quant à moi hostile à toute discrimination, positive ou négative, l'une se traduisant d'ailleurs, nécessairement, par l'autre ». Voir aussi CABANEL Guy, Rapport n° 156 précité.

¹⁴⁶² Voir l'intervention de Didier Julia lors de la séance du 15 décembre 1999 à l'Assemblée nationale.

¹⁴⁶³ BADINTER Elisabeth, « Non aux quotas de femmes », *in* *Le Piège de la parité. Arguments pour un débat*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁶⁴ ACHIN Catherine, « 'Représentation-miroir' v. parité. Les débats parlementaires relatifs à la parité à la lumière des théories politiques de la représentation », *Droit et société*, n° 47, 2002/1, p. 243

l'essentialisme, à savoir le présupposé selon lequel tous les membres d'un groupe donné partagent certaines caractéristiques identitaires essentielles qui les distinguent de façon exclusive des membres de tous les autres groupes », ce qui implique « l'existence d'une qualité essentielle de la féminité »¹⁴⁶⁵. De plus, pour certaines auteures, la parité, entendue comme nouveau modèle de représentation, entretiendrait l'illusion d'une représentation réelle¹⁴⁶⁶. En effet, la parité en tant qu'égal « représentation » suggère dans ce cas que les hommes agissent au nom des hommes et les femmes au nom des femmes, alors qu'une telle représentation est illusoire : dire qu'un homme ne peut représenter les intérêts des femmes ne reviendrait-il pas à admettre que les femmes ne peuvent représenter ceux des hommes ? Pour Olivia Bui-Xuan, il serait ainsi plus judicieux d'utiliser le terme d'égal « participation » plutôt que celui de « représentation »¹⁴⁶⁷. L'idée de « représentation » renforcerait en effet le présupposé essentialiste selon lequel les femmes feraient de la politique autrement, en raison de spécificités et de valeurs féminines « naturelles »¹⁴⁶⁸, telles que la maternité, la douceur, la patience, la sensibilité¹⁴⁶⁹, qui ont longtemps justifié l'exclusion des femmes de la jouissance des droits. Par conséquent, certains discours en faveur de la parité, en contribuant à naturaliser la différence des sexes pour justifier la mise en place d'actions positives, tendraient à aller à l'encontre du processus de dénaturalisation de cette différence qui a permis, après 1946, l'égalité des droits entre les sexes. En ce sens, pour beaucoup, « la parité n'est pas l'égalité »¹⁴⁷⁰. De plus, l'inscription de la parité dans la Constitution constituerait une réforme beaucoup plus attentatoire à l'égalité que des mesures de quotas, car elle inscrirait durablement dans la norme juridique fondamentale la différence des sexes¹⁴⁷¹.

476. La prédominance de l'égalité comme indifférenciation sur l'objectif de parité est donc clairement identifiable dans certains discours de parlementaires ou de juristes. La majorité des sénateurs se sont du reste fondés sur cette opposition hiérarchique entre égalité et parité pour rejeter l'inscription de l'objectif de parité à l'article 3 de la Constitution¹⁴⁷², lors de la première

¹⁴⁶⁵ MANSBRIDGE Jane, SAINT-UPERY Marc, « Les noirs doivent-ils être représentés par des noirs et les femmes par des femmes ? Un oui mesuré », *op. cit.*, p. 62.

¹⁴⁶⁶ HIRATA Helena, KERGOAT Danièle, RIOT-SARCEY Michèle, VARIKAS Eleni, « Parité ou mixité », in *Le Piège de la parité. Arguments pour un débat*, *op. cit.*, p. 13

¹⁴⁶⁷ BUI-XUAN Olivia, « La "représentation équilibrée entre les femmes et les hommes", une catégorie juridique équivoque », *RDP*, n° 2, 2015, p. 431 : « La substitution au terme "représentation" du terme "participation" permettrait d'éviter la confusion selon laquelle l'objectif visé serait de mandater des femmes pour parler au nom des femmes. Il s'agit en effet simplement de faire en sorte que les femmes soient plus nombreuses dans ces instances ».

¹⁴⁶⁸ SALLENAVE Danièle, « La difficile gloire de la libre existence », in *Le Piège de la parité. Arguments pour un débat*, Hachette Littératures, 1999, p. 31.

¹⁴⁶⁹ ROBERT Jacques, « Les femmes et la politique », *RDP*, janvier 2007, p. 7.

¹⁴⁷⁰ Voir l'intervention de Philippe Richert lors de la séance du 26 janvier 1999 au Sénat.

¹⁴⁷¹ Voir par exemple l'audition de Louis Favoreu, in TASCIA Catherine, Rapport n° 1240 précité, p. 64.

¹⁴⁷² Les sénateurs ont uniquement consenti, à l'issue de la première lecture du projet de loi constitutionnelle, à la modification de l'article 4 de la Constitution relatif aux partis politiques, en vue d'inciter ces derniers à présenter des femmes candidates aux élections (projet de loi constitutionnelle n° 1354 modifié par le Sénat en première lecture, délibéré le 26 janvier 1999 : « L'article 4

lecture du projet de loi constitutionnelle. Selon la majorité des sénateurs, le rôle de la loi n'est pas de remédier aux inégalités de fait, celles-ci relevant de la responsabilité de la société et pouvant être résolues uniquement par l'évolution des mentalités¹⁴⁷³ ainsi que par le volontarisme des femmes elles-mêmes et par celui des partis politiques¹⁴⁷⁴. Son rôle se limite à garantir l'égalité des droits, aux termes de l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946, objectif déjà atteint selon nombre d'entre eux, notamment en ce qui concerne l'égalité éligibilité¹⁴⁷⁵.

477. Bien que la réforme de 1999 ait finalement conduit à introduire l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats politiques et fonctions électives à l'article 3 de la Constitution dans un but d'égalité de fait¹⁴⁷⁶, les actions positives dans ce domaine ont tout de même été encore largement appréhendées par la suite en opposition avec l'égalité formelle¹⁴⁷⁷. Bien qu'aujourd'hui le Conseil constitutionnel ne censure plus les dispositifs paritaires sur le fondement du principe d'égalité formelle¹⁴⁷⁸, la pérennité d'une opposition hiérarchique entre égalité *de jure* et égalité *de facto* a conduit les interprètes de la Constitution à considérer ces actions positives comme de simples dérogations à l'égalité formelle, qui ne sauraient donc être interprétées que de manière stricte.

- 2) Des différences de traitement admises comme dérogations à l'égalité conduisant à une interprétation stricte des actions positives

478. La prédominance de la conception de l'égalité comme indifférenciation conduit les juges à adopter une interprétation stricte des actions positives aboutissant à les limiter. Une telle interprétation peut être considérée comme un choix de la part des juges parmi plusieurs options offertes par les énoncés juridiques¹⁴⁷⁹ ou, autrement dit, comme un « acte de volonté » – selon la

de la Constitution est complété par deux alinéas ainsi rédigés : « Ils favorisent l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ». « Les règles relatives à leur financement public peuvent contribuer à la mise en œuvre des principes énoncés aux alinéas précédents » »).

¹⁴⁷³ Voir les interventions de Patrice Gélard et d'Henri Weber lors de la séance du 26 janvier 1999 au Sénat.

¹⁴⁷⁴ Voir les interventions de Bernard Plasait et de Jean-Louis Lorrain lors de la séance du 26 janvier 1999 au Sénat.

¹⁴⁷⁵ Voir les interventions de Philippe Richert et d'Alain Vasselle lors de la séance du 26 janvier 1999 au Sénat.

¹⁴⁷⁶ Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes.

¹⁴⁷⁷ Contrairement à ce qu'a pu soutenir Olivier Duhamel : voir son audition du 15 février 1996, *in* HALIMI Gisèle, Rapport précité, p. 177 : « On pourrait démontrer que la parité est au total bénéfique pour la société. C'est encore plus vrai si l'on prend l'argument idéal : l'égalité formelle et l'égalité réelle seraient moins en contradiction et deviendraient à certains égards strictement identiques. Ce qui conforterait notre démocratie ».

¹⁴⁷⁸ Cons. constit., 19 janvier 2018, n° 2017-686 QPC, Confédération générale du travail - Force ouvrière et autres [Proportion d'hommes et de femmes sur les listes de candidats aux élections du comité d'entreprise], cons. 12 : « Les dispositions contestées traitent de la même manière tous les salariés, femmes ou hommes. Par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit être écarté ».

¹⁴⁷⁹ ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Seul le législateur peut imposer la parité hommes-femmes dans les listes de candidats aux élections aux chambres d'agriculture », *RFD*, 2013, p. 882.

théorie réaliste de l'interprétation¹⁴⁸⁰. Comme l'affirme Delphine Tharaud : « L'égalité formelle n'est qu'une construction parmi d'autres [...], elle ne correspond à aucun état naturel qui pourrait justifier de son exclusivité »¹⁴⁸¹. Or, en choisissant de mettre en conflit deux conceptions de l'égalité, les interprètes de l'égalité limitent par là même la concrétisation de l'égalité des droits entre les femmes et les hommes.

479. **Les actions positives comme dérogations au principe d'égalité.** Avant d'analyser plus précisément le raisonnement des juges, il convient de préciser que le choix du terme de « dérogation » pour cette analyse tient simplement à son utilisation dans les discours des juges pertinents. La notion de dérogation désigne communément « l'action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier »¹⁴⁸². Dans le contexte de l'application du principe d'égalité, l'utilisation du terme de « dérogation » renvoie plus à l'idée de « défaisabilité » étudiée par Mathieu Carpentier¹⁴⁸³. La notion de « défaisabilité » désigne en ce sens, de façon large, les situations dans lesquelles une règle juridique – ici l'identité de traitement juridique – trouve à ne pas s'appliquer, soit lorsque l'énoncé normatif détermine lui-même la liste des exceptions – défaisabilité « explicite » –, soit lorsque les cas de non-application de la règle demeurent indéterminés, ce qui conduit à renvoyer à l'interprète de l'énoncé le soin de les définir – défaisabilité « implicite »¹⁴⁸⁴. S'agissant du contrôle de l'égalité, il convient de souligner que si l'énoncé normatif prévoit de façon « explicite » les cas permettant au législateur ou à l'administration de déroger à la règle de l'identité de traitement – l'intérêt général – cette exception demeure tout de même indéterminée ou « ouverte »¹⁴⁸⁵. Elle laisse en effet au législateur et aux juges la possibilité d'interpréter librement la notion d'intérêt général¹⁴⁸⁶, favorisant ainsi la subjectivité quant à l'application de la règle de l'identité de traitement¹⁴⁸⁷. En tout état de cause, bien que l'expression de « défaisabilité explicite et ouverte » semble correspondre au raisonnement relatif à l'application du principe

¹⁴⁸⁰ TROPER Michel, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007. Selon l'auteur, « tout d'abord, l'interprétation est une fonction de la volonté et non de la connaissance, parce que le sens d'un texte est le produit d'une prescription. D'autre part, le texte n'a, préalablement à l'interprétation, aucune signification susceptible d'être découverte. Ensuite, si la norme se définit comme la signification prescriptive d'un texte, le véritable auteur de la norme n'est pas l'auteur du texte, mais l'interprète ».

¹⁴⁸¹ THARAUD Delphine, Contribution à une théorie générale des discriminations positives, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴⁸² CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7^e édition, 2005, p. 294. Pour saisir la multiplicité des définitions possibles données à la notion de dérogation – et de son rapport à celle d'exception – voir : VIDAL-NAQUET Ariane, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

¹⁴⁸³ CARPENTIER Mathieu, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut Universitaire Varenne, 2014.

¹⁴⁸⁴ CARPENTIER Mathieu, « Normes, interprétation, défaisabilité », in BOCCON-GIBOD Thomas, GABRIELLI Caterina, *Normes, institutions et régulation publique*, Paris, Hermann Éditeurs, 2015, p. 277.

¹⁴⁸⁵ CARPENTIER Mathieu, « Normes, interprétation, défaisabilité », *op. cit.*, p. 278.

¹⁴⁸⁶ Conseil d'État, *Rapport public de 1999 sur l'intérêt général*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 299.

¹⁴⁸⁷ DE MONTALIVET Pierre, « Le principe d'égalité face aux exceptions », in VIDAL-NAQUET Ariane, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 221.

d'égalité, nous retiendrons, pour désigner ce mode de raisonnement, le terme plus simple de « dérogation » qui renvoie au vocabulaire présent dans le discours des juges.

480. Cette dynamique de la dérogation s'exprime certes en matière d'égalité des sexes, mais elle provient avant tout de la logique qui anime l'interprétation du principe d'égalité en général. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État interprètent en effet celui-ci comme imposant uniquement de traiter de façon identique les individus placés dans des situations similaires. *A contrario*, ce principe n'oblige nullement, pour ce qui est du droit français¹⁴⁸⁸, à traiter différemment des personnes se trouvant dans une situation différente¹⁴⁸⁹. Une telle obligation constituerait, selon certains auteurs, une ingérence trop importante des juges dans la marge de manœuvre du législateur, la fonction de ce dernier étant précisément d'instaurer des régimes juridiques applicables à des catégories¹⁴⁹⁰.

481. Toutefois, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État estiment tous deux que ce principe n'interdit pas au législateur ou au pouvoir réglementaire de procéder à des différences de traitement, mais cette possibilité se limite à deux cas de figure uniquement – qui demeurent somme toute assez indéterminés, car vagues et soumis à des interprétations variées. Ainsi, le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire ont la faculté – et non l'obligation – de procéder à des différences de traitement, d'une part, lorsque celles-ci sont appliquées à des situations différentes et, d'autre part, lorsqu'une raison d'intérêt général le justifie¹⁴⁹¹, bien que la jurisprudence ne distingue pas toujours de façon cohérente ces deux fondements¹⁴⁹². S'agissant du premier cas de figure, la formulation retenue résulte logiquement de la prédominance de l'égalité comme indifférenciation : si le principe d'égalité n'impose que de traiter identiquement des

¹⁴⁸⁸ À l'inverse, la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission*, C-16/63) et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, n° 34369/97) ont pu ponctuellement reconnaître que l'atteinte à l'égalité de traitement ou à la non-discrimination pouvait résulter également de l'application d'un traitement identique à des situations différentes.

¹⁴⁸⁹ Voir par exemple, pour une application de ce raisonnement en matière d'égalité devant l'impôt : CE, 28 mars 1997, *Société Baxter*, n° 179049 : « Considérant que le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents » ; Cons. constit., 15 janvier 2015, n° 2014-436 QPC, cons. 8 : « Si, en règle générale, le principe d'égalité devant la loi impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ».

¹⁴⁹⁰ JOUANJAN Olivier, « Égalité », in ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 586.

¹⁴⁹¹ La formulation actuelle retenue par le Conseil constitutionnel est la suivante : « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (Cons. constit., 20 mars 1988, n° 97-388 DC, cons. 27). Une formulation similaire est retenue par le Conseil d'État : CE, 15 mai 2000, *Barroux*, n° 200903 : « Considérant que le principe général d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit ».

¹⁴⁹² THARAUD Delphine, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., p. 127 : « Parfois, l'intérêt général peut servir à expliquer des différences de situation, mais il peut aussi se confondre avec elles de par une argumentation parfois flottante des juridictions ».

individus placés dans des situations similaires, alors les individus placés dans des situations différentes peuvent être traités différemment sans porter atteinte à l'égalité¹⁴⁹³. Ces différences de traitement renvoient même à la dimension « matérielle » de l'égalité qui, selon l'expression doctrinale, se manifeste par le traitement différencié des individus placés dans des situations différentes¹⁴⁹⁴. Mais au regard de la seconde hypothèse, les différences de traitement, justifiées par un but d'intérêt général – ou par l'« utilité commune » selon les termes de la Déclaration de 1789¹⁴⁹⁵ – sont appréhendées comme des « dérogations » au principe d'égalité, car elles s'appliquent à des individus placés dans des situations similaires¹⁴⁹⁶. Ainsi, bien que le législateur détienne un large pouvoir d'appréciation des différences de traitements légitimes¹⁴⁹⁷ et que les juges exercent par conséquent un contrôle restreint en la matière¹⁴⁹⁸, celles-ci sont tout de même conçues comme des dérogations au principe d'égalité lorsqu'elles s'appliquent à des personnes placées dans des situations similaires.

482. Or, cette seconde partie du raisonnement est reprise de façon systématique dans les discours juridiques relatifs aux actions positives visant la concrétisation de l'égalité des sexes. Contrairement à ce que soutient Delphine Tharaud, qui considère les discriminations positives comme résultant d'une prise en compte d'une différence de situation¹⁴⁹⁹, la différence de traitement est, dans le contexte de l'égalité des sexes, qualifiée de *dérogation* à l'égalité, car elle s'applique à des situations jugées similaires. Les femmes et les hommes sont en effet désormais supposés être placés par principe dans des situations analogues et, par conséquent, l'application du principe d'égalité conduit à exiger en toute logique une identité de traitement entre eux. À l'inverse, la reconnaissance de différences de situation entre les femmes et les hommes aurait pu conduire les juges à admettre des différences de traitement en appliquant, dans ces cas, le principe d'égalité dans un sens matériel.

¹⁴⁹³ SEILLER Bertrand, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 292.

¹⁴⁹⁴ THARAUD Delphine, Contribution à une théorie générale des discriminations positives, *op. cit.*, p. 124.

¹⁴⁹⁵ Article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Les hommes naissent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

¹⁴⁹⁶ SEILLER Bertrand, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 284 : « Il n'y a désormais plus matière à interprétation : le principe d'égalité ne joue qu'entre les individus placés dans des situations identiques et à la condition qu'aucune considération d'intérêt général n'incite à déroger à l'exigence d'un traitement identique. [L'intérêt général] permet, bien plus brutalement, de faire céder le principe d'égalité pour instituer un traitement différencié à l'égard d'individus que rien ne distingue les uns des autres ».

¹⁴⁹⁷ Le Conseil constitutionnel rappelle de façon récurrente qu'il ne « détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » (décision n° 1974-54 DC du 15 janvier 1975). Il en va de même en matière d'égalité, où le Conseil constitutionnel estime qu'il revient au législateur d'apprécier l'existence de différence de situation. Voir par exemple : Cons. constit., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC relative à l'interdiction du mariage pour les couples de personnes de même sexe : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ».

¹⁴⁹⁸ MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29 octobre 2010.

¹⁴⁹⁹ THARAUD Delphine, Contribution à une théorie générale des discriminations positives, *op. cit.*, p. 136.

483. Mais même en restant dans le cadre du contrôle de l'égalité formelle, la différence de traitement entre les sexes est parfois justifiée par un but d'intérêt général qui n'est autre que la lutte contre les inégalités de fait entre les femmes et les hommes. Par exemple, dans sa décision du 14 août 2003 sur la loi portant réforme des retraites, le Conseil constitutionnel admet que des avantages sociaux puissent être accordés uniquement aux femmes, car l'intérêt général justifie une telle dérogation au principe d'égalité¹⁵⁰⁰. Les différences de traitement que constituent les actions positives – ou les mesures préférentielles ici – ne sont ainsi pas justifiées par l'existence d'une différence de situation entre les sexes, mais bien par un objectif d'intérêt général. Toutefois, il aurait été sans doute plus cohérent que le Conseil constitutionnel fonde la justification de la différence de traitement sur les différences de situation qui existent entre les sexes au regard des inégalités en matière de retraite, constatées par le Conseil lui-même¹⁵⁰¹. En effet, cela aurait permis à la fois de préserver la conception de l'égalité des sexes comme non-discrimination, qui présuppose qu'hommes et femmes sont placés dans des situations identiques au regard de la jouissance des droits¹⁵⁰², tout en assumant qu'hommes et femmes sont parfois placés dans des situations différentes au regard des inégalités. Dans ce cas, il n'y aurait pas eu de rupture à l'égalité comme indifférenciation, mais une simple application d'un traitement différencié à des situations différentes, pour aller dans le même sens que Bertrand Seiller¹⁵⁰³. Mais en renvoyant à l'intérêt général, le Conseil a suivi la logique selon laquelle les actions positives et les mesures préférentielles constituent des dérogations au principe d'égalité, car elles instituent un traitement différencié des hommes et des femmes placés, par principe, dans des situations identiques¹⁵⁰⁴.

¹⁵⁰⁰ Cons. constit., 14 août 2003, n° 2003-483 DC, cons. 23 : « Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; considérant que l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents ; considérant, toutefois, qu'il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet [...] qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation [...] le législateur pouvait maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître ».

¹⁵⁰¹ Décision n° 2003-483 DC précitée : « Elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants ».

¹⁵⁰² En effet, pour certains auteurs, comme Bertrand Seiller : « Rien, pas même l'intérêt général, ne devrait autoriser à traiter différemment des personnes relevant de situations identiques. Admettre qu'il soit dérogé au principe d'égalité, c'est remettre en cause les fondements mêmes de l'idée de droit » (*op. cit.*, p. 993). Voir également LOCHAK Danièle, « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 787 : « Il est impensable que l'intérêt général permette d'établir des distinctions entre les personnes se trouvant dans des situations strictement identiques ».

¹⁵⁰³ SEILLER Bertrand, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 1000.

¹⁵⁰⁴ Ce même raisonnement a par ailleurs été repris par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 février 2013. Elle a jugé, en appliquant la formulation traditionnelle du principe d'égalité, que la mesure préférentielle accordée aux seules mères de famille constituait bien une dérogation à l'égalité, justifiée par « des critères objectifs et rationnels tenant à la prise en compte des inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ». Elle a ainsi conclu que la mesure préférentielle entrait dans le cadre de la dérogation légitime au principe d'égalité, de par son objectif de remédier aux inégalités de fait au lieu de constater la différence de situation (Cass. 2^e civ., 14 février 2013, n° 12-40097).

484. En matière de parité, la référence au caractère dérogatoire des actions positives est moins explicite, car le Conseil constitutionnel ne fait pas directement le lien entre la formulation du principe général d'égalité – qui admet des dérogations à l'égalité dans un but d'intérêt général – et l'adoption par le constituant et le législateur de mesures paritaires. Certaines décisions font toutefois référence au caractère dérogatoire de l'objectif d'égal accès inscrit dans la Constitution¹⁵⁰⁵. La formulation suivante sème néanmoins le trouble quant au caractère dérogatoire des dispositions paritaires : selon le Conseil, il appartient au législateur « d'assurer la conciliation entre les nouvelles dispositions constitutionnelles et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle *auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger* »¹⁵⁰⁶. Cette formulation contredit le considérant précédent, qui affirme explicitement que le constituant a précisément souhaité introduire l'objectif d'égal accès dans la Constitution pour « déroger » au principe d'égalité, tel qu'interprété en 1982 et 1999 comme interdisant les quotas par sexe. Le Conseil constitutionnel aurait pu retenir une formulation plus cohérente en énonçant par exemple qu'« il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre les nouvelles dispositions constitutionnelles et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle, auxquels le pouvoir constituant a entendu déroger sans pour autant vouloir les remettre en cause ».

485. La logique opposant, d'un côté, le principe d'égalité et, de l'autre, les exceptions ou dérogations à ce principe que sont les actions positives, ne se limite pas au contrôle de constitutionnalité. Elle se manifeste aussi dans les textes législatifs relatifs aux discriminations¹⁵⁰⁷, ainsi que dans le droit de l'Union européenne¹⁵⁰⁸. Les actions positives y sont considérées comme une faculté que le législateur ou d'autres acteurs peuvent légitimement mettre en œuvre, mais toujours comme des exceptions au principe d'égalité. En effet, bien que le terme de « dérogation » n'apparaisse pas explicitement dans ces énoncés, le caractère dérogatoire ressort du fait que les actions positives sont prévues dans des dispositions spécifiques, toujours placées à la suite de

¹⁵⁰⁵ Cons. constit., 30 mai 2000, cons. 6, à propos de dispositions législatives visant à imposer, pour les élections au scrutin de liste, un nombre égal de candidats de chaque sexe : « Rien ne s'oppose [...] à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle ; qu'il en est ainsi des dispositions précitées qui ont pour objet et pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel relevés par le Conseil constitutionnel dans les décisions susmentionnées ».

¹⁵⁰⁶ Décision n° 2000-429 DC précitée, cons. 7, nous soulignons. Voir également : Cons. constit., 16 mai 2013, n° 2013-667 DC, cons. 14.

¹⁵⁰⁷ Article L. 1142-4 du Code du travail : « Les dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-3 ne font pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ».

¹⁵⁰⁸ Article 2-4 de la directive du Conseil du 9 février 1976 : « La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1er paragraphe 1 ». Article 141-4 du Traité instituant la Communauté européenne : « Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

celles prévoyant le principe d'identité de traitement ou de non-discrimination. Le vocabulaire de la dérogation est par ailleurs largement présent dans les discours doctrinaux portant sur les actions positives¹⁵⁰⁹. Or, cette appréhension des actions positives comme dérogations ou exceptions au principe d'égalité a abouti à un contrôle juridictionnel strict des mécanismes juridiques d'actions positives et, partant, à une limitation de ces dispositifs.

486. **Un contrôle strict des dispositifs juridiques d'actions positives.** Le caractère dérogoire des actions positives en faveur de l'égalité des sexes a conduit les instances chargées de leur contrôle à limiter leur mise en œuvre, tant au niveau européen qu'au niveau national. Si un tel contrôle s'est surtout manifesté dans les années 1990 et 2000, il convient de montrer qu'il a mené encore récemment à limiter des tentatives d'actions positives et la portée de l'objectif d'égal accès.

487. Tout d'abord, bien que le droit de l'Union européenne prévoie expressément la possibilité pour les États membres d'adopter des actions positives pour concrétiser l'égalité des sexes dans le domaine de l'emploi, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que celles-ci devaient être appréhendées comme des dérogations à l'égalité de traitement entre les sexes. Elle a en effet jugé dans l'arrêt *Kalanke* de 1995 que les dispositions de la directive de 1976 prévoyant la faculté de mettre en place des mesures de quotas favorisant l'accès des candidats féminins (article 2-4), constituaient une dérogation à un droit individuel consacré par la directive – soit l'égalité de traitement¹⁵¹⁰. De manière intéressante, la Cour renvoie à l'arrêt *Johnston* de 1986, dans lequel elle avait affirmé le caractère dérogoire de l'article 2-2 de la directive de 1976 relatif aux distinctions faites par les États entre les sexes en matière d'emploi lorsque le sexe constitue une condition déterminante à son exercice – ici l'exclusion des femmes de certaines activités de police¹⁵¹¹. Ainsi, en mettant en parallèle l'article 2-2 et l'article 2-4 de la directive, la Cour assimile toutes les différences de traitement à des dérogations à l'égalité, qu'elles aient ou non pour but la lutte contre les inégalités de fait¹⁵¹².

¹⁵⁰⁹ Voir par exemple : DE MONTALIVET Pierre, « Le principe d'égalité face aux exceptions », in VIDAL-NAQUET Ariane, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, op. cit., p. 218 ; HAQUET Thomas, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTD eur.*, 2001, p. 305 ; FITTE-DUVAL Annie, « Droit des pensions : l'égalité des sexes à marche forcée ? », *AJFP*, 2002, p. 4 ; JOUANJAN Olivier, « Égalité », op. cit., p. 589 ; FAVOREU Louis, « L'inconstitutionnalité des quotas par sexe (sauf pour les élections politiques) », *AJDA*, 2003, p. 313 ; MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 325.

¹⁵¹⁰ CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, point 21.

¹⁵¹¹ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston et Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222-84, point 36.

¹⁵¹² L'avocat général Tesouro souligne du reste le caractère dérogoire des actions positives, en affirmant explicitement que : « Le principe de l'égalité substantielle complète le principe de l'égalité formelle, auquel il ne permet d'apporter que les dérogations qui sont justifiées par le but auquel elles tendent : assurer une égalité effective » (conclusions de l'avocat général Tesouro présentées le 6 avril 1995, affaire C-450-93, point 16).

488. Or, la Cour comme l'avocat général considèrent que le caractère dérogatoire des actions positives, à l'instar des autres différences de traitement justifiées, doit conduire à une «interprétation stricte» de ces mesures¹⁵¹³. La jurisprudence ultérieure a par ailleurs précisé que le caractère dérogatoire des actions positives et mesures préférentielles impliquait leur soumission à un contrôle maximum de proportionnalité. Celui-ci implique que le juge vérifie que ces dérogations à l'égalité sont nécessaires et appropriées pour atteindre le but recherché – ici l'égalité de fait – et qu'elles sont conciliées avec le principe d'égalité de traitement¹⁵¹⁴.

489. La Cour européenne des droits de l'homme adopte un raisonnement similaire à celui de la Cour de justice, bien que le contrôle en matière de mesures positives soit exercé de manière moins stricte. En effet, en principe, toute différence de traitement fondée sur le sexe fait l'objet d'un contrôle strict de la part de la Cour européenne. Celle-ci considère en effet que «seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatibles avec la Convention une distinction fondée sur le sexe»¹⁵¹⁵, ces dernières devant être justifiées par des considérations raisonnables et objectives, c'est-à-dire, poursuivre un but légitime et être proportionnées au but visé, tout en reconnaissant aux États une certaine marge d'appréciation quant à la justification des différences de traitement¹⁵¹⁶. Mais ces conditions sont tout de même appréciées de façon souple par la Cour européenne en matière d'actions positives ou de mesures préférentielles en faveur des femmes¹⁵¹⁷, d'autant plus que le cadre général de la jurisprudence européenne est plutôt favorable aux actions positives¹⁵¹⁸. À ceci près que, contrairement à la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est jamais prononcée sur des mesures positives autres que des mesures préférentielles concernant les mères de famille. Il n'est donc pas possible de vérifier si la souplesse du contrôle en matière de mesures préférentielles vaudrait également pour des

¹⁵¹³ Dans l'affaire *Kalanke*, une telle interprétation stricte a mené la Cour à censurer les actions positives mises en place par le Land de Brême dans le but de permettre l'accès prioritaire des femmes à des emplois publics, en faisant prévaloir le droit à l'égalité de traitement des candidats masculins : CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, point 21 : « Il y a néanmoins lieu de préciser que l'article 2, paragraphe 4, en tant que dérogation à un droit individuel consacré par la directive, est d'interprétation stricte ». Il s'agira d'approfondir le raisonnement de la Cour de justice dans un développement ultérieur consacré à l'égalité des chances.

¹⁵¹⁴ CJCE, 19 mars 2002, *Lommers et Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476-99, point 39. La mesure préférentielle réservant aux femmes l'accès à un système de garderie subventionné par l'employeur est certes justifiée par un objectif d'égalité de fait, car elle permet aux mères de famille la poursuite et la progression de leur carrière professionnelle, mais va « au-delà de ce qu'autorise la dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive, en portant une atteinte excessive au droit individuel à l'égalité de traitement que garantit cette dernière » (point 47).

¹⁵¹⁵ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c/ Royaume-Uni*, n° 9214/80, n° 9473/81 et n° 9474/81, point 78.

¹⁵¹⁶ CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, n° 8777/79, point 40.

¹⁵¹⁷ CEDH, 12 avril 2006, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, n° 65731/01 et n° 65900/01, point 66 : « La Cour admet que la différence existant entre les hommes et les femmes au Royaume-Uni quant à l'âge légal du départ à la retraite visait à l'origine à corriger le désavantage dont souffraient les femmes sur le plan économique. Cette différence a continué à être raisonnablement et objectivement justifiée pour ce motif jusqu'à une époque où les changements intervenus aux plans social et économique avaient fait disparaître la nécessité d'un traitement spécial des femmes » ; CEDH, 17 février 2011, *Andrle c/ République tchèque*, n° 6268/08.

¹⁵¹⁸ Les juges européens insistent sur la distinction entre « discrimination » et « distinctions », une différence de traitement n'étant pas considérée *a priori* comme constitutive d'une rupture d'égalité, d'autant plus lorsqu'elle conduit à remédier aux inégalités de fait. CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c/ Belgique*, n° 1474/62, n° 1677/62, n° 1691/62, n° 1769/63, n° 1994/63, n° 2126/64.

actions positives visant le groupe des femmes dans son ensemble. Il n'empêche que pour les deux cours européennes, les mesures positives en faveur des femmes constituent bien des dérogations à l'égalité de traitement ou au principe de non-discrimination, pour lesquelles est exercé un contrôle maximum de proportionnalité.

490. De même, s'agissant du contrôle de constitutionnalité, c'est à un contrôle strict des mesures visant à instaurer la parité que le Conseil constitutionnel procède. Dans une décision du 19 juin 2001, il déclare ainsi contraire à la Constitution la disposition de la loi organique relative au statut des magistrats qui introduit une règle de parité, soit 50 % de candidats de chaque sexe pour les élections des représentants des magistrats au Conseil supérieur de la magistrature¹⁵¹⁹. Cette loi avait pour objectif « de percer le “plafond de verre” auquel se heurtent les femmes [...] le CSM ne comprenait, au moment où le législateur s'est saisi du problème, qu'une seule femme sur les six représentants des “magistrats de base” »¹⁵²⁰. Le Conseil constitutionnel adopte une interprétation restrictive de l'objectif d'égal accès, énoncé au cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution, en considérant que celui-ci ne s'applique qu'aux élections à des mandats et fonctions politiques¹⁵²¹. Il s'appuie en effet à la fois sur les travaux parlementaires, qui ont limité l'application de la parité à la sphère politique – l'argumentaire de la parité étant précisément fondé sur un renouvellement de la représentation politique –, ainsi que sur l'objet même de l'article 3 de la Constitution, relatif uniquement à la souveraineté nationale et aux élections politiques. Le Conseil supérieur de la magistrature n'étant pas un organe politique mais un organe chargé de la nomination et de la discipline des magistrats, le Conseil constitutionnel estime dès lors que l'objectif d'égal accès ne s'applique pas à ces élections. En l'absence d'applicabilité de l'objectif constitutionnel de parité, c'est donc le principe général d'égalité, issu de l'article 6 de la Déclaration de 1789, qui trouve à s'appliquer pour « les élections à des dignités, places et emplois publics autres que ceux ayant un caractère politique ». Dès lors, dans le prolongement de sa solution de 1982, le Conseil constitutionnel interprète le principe d'égalité comme interdisant aux règles relatives à ces élections de « comporter une distinction selon le sexe dans la composition des listes de candidats »¹⁵²². Les limites attachées au caractère dérogatoire de l'objectif d'égal accès sont par conséquent ici clairement identifiables : les actions positives visant cet objectif ne sont

¹⁵¹⁹ Article 33 du projet de loi organique relatif au statut des fonctionnaires et au Conseil supérieur de la magistrature, adopté le 30 mai 2001 par l'Assemblée nationale : « Dans chaque collège, les électeurs procèdent à l'élection à bulletin secret au scrutin de liste, à la représentation proportionnelle suivant la règle du plus fort reste, sans panachage ni vote préférentiel [...] Chaque liste comprend trois noms de candidats, les deux sexes devant y être représentés ».

¹⁵²⁰ CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 98.

¹⁵²¹ Cons. constit., 19 juin 2001, n° 2001-445 DC, loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, cons. 57.

¹⁵²² Décision n° 2001-445 DC précitée, cons. 58.

applicables, par exception, que pour les domaines prévus par la Constitution. Autrement, elles constituent, par principe, des ruptures au principe constitutionnel d'égalité.

491. Le Conseil constitutionnel adopte un raisonnement identique dans sa décision du 16 mars 2006 relative aux quotas introduits par le législateur pour améliorer la présence des femmes les conseils d'administration et de surveillance des entreprises¹⁵²³. Toutefois, contrairement à la décision de 2001, il ne se fonde pas uniquement sur le principe général d'égalité issu de l'article 6 de la Déclaration de 1789, mais également pour la première fois sur l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 relatif à l'égalité des droits entre les femmes et les hommes. En fondant sa décision sur cette disposition et en la combinant avec des dispositions qui posent la règle de non-distinction¹⁵²⁴, le Conseil fait donc le choix d'une interprétation de l'égalité des sexes comme exigence d'indifférenciation pour neutraliser les actions positives¹⁵²⁵. On voit bien ainsi la manière dont le caractère dérogatoire des actions positives par rapport au principe d'égalité des sexes justifie la limitation de l'objectif d'égal accès aux élections politiques. Par ces décisions, le Conseil constitutionnel met en évidence, « de manière très nette, que la parité ne se confond pas avec l'égalité »¹⁵²⁶.

492. Cet obstacle lié à l'interprétation stricte de l'objectif constitutionnel d'égal accès adoptée par le Conseil constitutionnel, réitérée du reste par le Conseil d'État notamment dans l'arrêt *Lesourd* de 2007¹⁵²⁷, a conduit le constituant à intervenir de nouveau afin d'étendre en 2008 cet

¹⁵²³ Cons. constit., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC. Le législateur avait en effet prévu que le nombre de représentants des salariés dans les entreprises et du personnel dans les corps de la fonction publique, de délégués du personnel, ainsi que le nombre de représentants dans les conseils d'administration et de surveillance des entreprises, devaient respecter une proportion de représentants de chacun des deux sexes ne pouvant être supérieure à 80 % (articles 21, 22, 23, 24, 26 du projet de loi relatif à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, adopté le 23 février 2006 par l'Assemblée nationale). Ces dispositions revenaient à instaurer en pratique des quotas de 20 % de femmes dans ces instances délibératives, car les femmes constituaient dans les faits le sexe « sous-représenté » dans ces lieux de pouvoir. De même, les listes de candidats aux conseils des prud'hommes devaient prévoir une proportion de femmes et d'hommes réduisant d'un tiers l'écart entre la représentation du sexe « sous-représenté » au sein des listes et sa part dans le corps électoral, favorisant ainsi indirectement les femmes (article 25 du projet de loi relatif à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, adopté le 23 février 2006 par l'Assemblée nationale).

¹⁵²⁴ Article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La France [...] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

¹⁵²⁵ MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « La parité n'est pas l'égalité... Brèves remarques sur les limites aux discriminations positives », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 873.

¹⁵²⁶ *Ibid.*, p. 873.

¹⁵²⁷ CE, 22 juin 2007, *Lesourd*, n° 288206. Dans cette affaire relative aux jurys de concours, le requérant demandait l'annulation des résultats du concours interne pour le recrutement des maîtres-assistants des écoles d'architecture. Il s'était vu refuser l'admissibilité au concours et avait dès lors invoqué plusieurs moyens pour fonder l'annulation du concours, dont celui de l'irrégularité du concours en raison de la méconnaissance des règles de parité pour la composition du jury : le jury en question comportait seulement deux femmes sur quatorze membres, alors qu'un décret du 3 mai 2002, pris sur le fondement de la loi du 9 mai 2001 imposait aux jurys de concours de la fonction publique de comporter une proportion d'au moins un tiers de membres de même sexe. Le Conseil d'État neutralise toutefois les dispositions du décret de 2002 : selon lui, si la Constitution prévoit que la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, cette disposition ne saurait s'appliquer qu'à des mandats et des fonctions politiques. En revanche, pour l'accès aux emplois publics autres que ceux ayant un caractère politique, il est fait application, par principe, de l'article 6 de la Déclaration de 1789 qui exclut les distinctions entre les candidats à raison de leur sexe, y compris lorsqu'elles visent à remédier aux inégalités de fait.

objectif à l'accès aux responsabilités professionnelles et sociales¹⁵²⁸. Cette nouvelle définition constitutionnelle n'a toutefois pas emporté l'abandon de cette jurisprudence stricte s'agissant cette fois-ci de la compétence des autorités susceptibles d'adopter des actions positives. Le caractère dérogatoire des actions positives a en effet conduit le Conseil d'État en 2013 à interpréter de façon restreinte la compétence donnée par le constituant à « la loi » pour adopter des mesures paritaires. Le Conseil d'État a ainsi déclaré le titulaire du pouvoir réglementaire incompetent pour adopter des mesures visant une égale représentation des femmes et des hommes dans certaines instances de pouvoir, à savoir dans les chambres d'agriculture¹⁵²⁹ et dans les instances dirigeantes des fédérations sportives¹⁵³⁰. Il a également jugé, dans une affaire concernant la désignation des conseillers de territoire de la métropole Grand Paris, que la parité ne pouvait être appliquée obligatoirement en l'absence d'un texte spécifique la prévoyant¹⁵³¹.

493. Il résulte du raisonnement du juge dans l'arrêt du 7 mai 2013, comme dans celui du 10 octobre 2013, que cette interprétation limitée de la compétence du pouvoir réglementaire est liée à l'opposition hiérarchique faite par le Conseil d'État entre le principe d'égalité et l'objectif d'égal accès¹⁵³². Le juge estime en effet que le second doit être « combiné » avec le premier, ce qui montre la prééminence, dans son raisonnement, du principe d'égalité conçu comme indifférenciation, et le caractère dérogatoire de l'objectif d'égal accès¹⁵³³. Le lien entre le caractère dérogatoire des mesures paritaires et la limitation dans leur mise en œuvre est d'ailleurs explicitement souligné par le rapporteur public Pellissier : « Il nous semble qu'en raison tant de l'importance de ces mesures que de leur caractère dérogatoire au principe constitutionnel d'égalité

¹⁵²⁸ Article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. Le constituant a d'ailleurs déplacé l'objectif d'égal accès de l'article 3 à l'article 1^{er} de la Constitution, soulignant par-là que la concrétisation de l'égalité entre femmes et hommes est désormais inscrite parmi les principes et valeurs de la République française, tels que l'indivisibilité et l'égalité des citoyens devant la loi ou la laïcité et n'est donc plus seulement circonscrite à la question du pouvoir politique.

¹⁵²⁹ CE, 7 mai 2013, *Fédération CFTC de l'agriculture*, n° 362280. Le Premier ministre avait adopté un décret en 2012 prévoyant, pour les élections aux chambres d'agriculture, que « chaque liste de candidats comporte au moins un candidat de chaque sexe par tranche de trois candidats » (article 1-8 du décret n° 2012-838 du 29 juin 2012 modifiant l'article R. 511-33 du Code rural et de la pêche maritime). Le Conseil d'État a néanmoins jugé, en l'absence de loi relative à la parité dans les chambres d'agriculture, que le pouvoir réglementaire était incompetent pour prendre une telle mesure, en considérant que l'article 1^{er} de la Constitution donnait uniquement compétence au législateur pour mettre en œuvre l'objectif d'égal accès.

¹⁵³⁰ CE, 10 octobre 2013, *Fédération française de gymnastique*, n° 359219. Un décret pris par le Premier ministre en 2004 modifiait le Code du sport et plus précisément, les conditions de l'agrément des fédérations sportives. Afin d'obtenir cet agrément, les fédérations sportives devaient désormais garantir l'égal accès des femmes et des hommes à leurs instances dirigeantes et, pour ce faire, le décret imposait des actions positives favorisant spécifiquement les femmes (article 1-1 du décret n° 2004-22 du 7 janvier 2004 ; voir le point 2. 2. 2. 1. de l'annexe I du Code du sport). Mais pour le Conseil d'État : « Si, ainsi qu'il a été dit, le second alinéa désormais ajouté à l'article 1^{er} de la Constitution a pour objet de combiner ce principe et l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales, il résulte également de ces dispositions que le législateur est seul compétent [...] pour adopter les règles destinées à favoriser l'égal accès [...] ».

¹⁵³¹ CE, 19 octobre 2016, *Commune de Drancy*, n° 398975. Voir sur ce point ROMAN Diane, « La promotion des femmes par la jurisprudence administrative : entre égalité formelle et égalité réelle, les hésitations du juge administratif », *op. cit.*, p. 4.

¹⁵³² ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Seul le législateur peut imposer la parité hommes-femmes dans les listes de candidats aux élections aux chambres d'agriculture », *RFDA*, 2013, p. 882.

¹⁵³³ Arrêt du 7 mai 2013 précité : « Leur objet est de combiner le principe constitutionnel d'égalité [...] et l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

devant la loi, elles font nécessairement partie des règles et principes fondamentaux qu'il appartient au législateur seul de déterminer»¹⁵³⁴. Dès lors, puisque l'objectif constitutionnel d'égal accès constitue une dérogation au principe d'égalité, il ne saurait être interprété de façon large, pour accorder la compétence au pouvoir réglementaire de le mettre en œuvre¹⁵³⁵.

494. Une telle solution peut étonner, pour plusieurs raisons. D'abord, s'agissant de l'affaire des fédérations sportives, le décret de 2004 n'a pas été adopté sans fondement législatif, mais précisément pour appliquer la loi du 6 juillet 2000 qui visait elle-même à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux instances dirigeantes des fédérations sportives¹⁵³⁶. Par conséquent, le Conseil d'État aurait pu considérer le Premier ministre compétent en tant qu'autorité d'application de la loi. Ensuite, le Conseil constitutionnel avait, dans un autre contexte, reconnu un pouvoir réglementaire autonome en matière de mise en œuvre du principe d'égalité des sexes¹⁵³⁷. Toutefois, il semble qu'un tel pouvoir réglementaire autonome ne soit reconnu que dans le cadre de la garantie du principe d'égalité des sexes compris comme indifférenciation et non pas pour la mise en œuvre de l'égalité concrète par la différenciation. Cette interprétation restrictive retenue par le Conseil d'État peut encore une fois être expliquée par son choix de voir dans les mesures visant l'égalité de fait des mesures dérogatoires. En effet, si ces dernières n'avaient pas été considérées comme des dérogations à l'égalité des droits, mais comme une concrétisation de ce principe, la compétence autonome du pouvoir réglementaire aurait pu être reconnue par le juge, au regard de la décision du Conseil constitutionnel de 1997.

495. Enfin, s'agissant de l'affaire relative aux chambres d'agriculture, la solution restrictive du juge se heurte à certaines critiques et ce même si, contrairement à l'affaire des fédérations sportives, aucune loi ne prévoyait en amont la compétence du pouvoir réglementaire. En effet, en premier lieu, l'objectif d'égal accès a été inscrit par voie d'amendement¹⁵³⁸, lors de la révision constitutionnelle de 2008, à l'article 1^{er} et non pas à l'article 34 de la Constitution, qui précise les domaines de compétence du législateur¹⁵³⁹. Dès lors, des commentatrices de la décision ont fait valoir que « de règle de compétence, la parité devenait ainsi explicitement une règle de fond. En

¹⁵³⁴ Conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier (CE, 7 mai 2013, n° 362280).

¹⁵³⁵ ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Seul le législateur peut imposer la parité hommes-femmes dans les listes de candidats aux élections aux chambres d'agriculture », *op. cit.*, p. 882 : « Le raisonnement du juge fait ici jouer à la loi le rôle d'un écran entre la Constitution et le pouvoir réglementaire, lequel apparaît alors comme non directement lié par les dispositions constitutionnelles ».

¹⁵³⁶ Article 5 de la loi n° 2000-627 du 6 juillet 2000 modifiant la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives.

¹⁵³⁷ Cons. constit., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, loi créant les plans d'épargne retraite, cons. 13 : « Le principe d'égalité entre les sexes s'impose au pouvoir réglementaire sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence ».

¹⁵³⁸ Amendement n° 181 à l'article 11 du projet de loi, présenté par Marie-Jo Zimmermann et Claude Greff, adopté en première lecture à l'Assemblée nationale lors de la troisième séance du 27 mai 2008.

¹⁵³⁹ Voir HYEST Jean-Jacques, Rapport n° 387 (2007-2008) fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République, déposé le 11 juin 2008 au Sénat, p. 55.

ce sens, et comme toute règle constitutionnelle de fond, elle s'impose à l'ensemble des pouvoirs publics »¹⁵⁴⁰, y compris au pouvoir réglementaire et ce d'autant plus lorsqu'elle exprime l'une des valeurs de la République inscrites à l'article 1^{er} de la Constitution. En second lieu, le Conseil d'État aurait aussi bien pu interpréter le terme de « loi » figurant à l'article 1^{er} de la Constitution, non pas dans sa signification « organique et formelle », mais en choisissant de renvoyer à « l'intention et à l'objectif » du constituant¹⁵⁴¹, qui n'est autre que celui de permettre la garantie de l'égalité concrète entre les sexes en levant les obstacles posés par le Conseil constitutionnel¹⁵⁴². D'ailleurs, la disposition de l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 relative à l'égalité des sexes ne fait également référence qu'à la « loi » et pourtant, elle a été interprétée à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel¹⁵⁴³ et le Conseil d'État¹⁵⁴⁴ comme s'imposant au pouvoir réglementaire même en l'absence de texte législatif la reprenant. Le choix interprétatif du Conseil d'État est donc largement spécifique à cet objectif d'égal accès, construit comme dérogation.

496. Par conséquent, même après la réforme constitutionnelle de 2008, le raisonnement des interprètes de l'égalité montre que « les “quotas par sexe” conservent bien, en droit, leur statut de dérogation au principe d'égalité »¹⁵⁴⁵. Cette interprétation est d'autant plus significative que l'attribution du caractère dérogatoire des actions positives par rapport à l'égalité a permis de justifier un contrôle strict de leur mise en œuvre par les juges. Mais plus encore, leur statut de « dérogations » a également influencé directement leur qualification juridique et leur force normative : les actions positives sont ainsi considérées comme relevant de la simple faculté pour le législateur, et non comme une obligation et encore moins comme un droit individuel.

B. L'égalité de fait comme simple objectif non contraignant pour le législateur

497. En tant que dérogations au principe d'égalité, les actions positives visant l'égalité de fait n'ont été appréhendées ni comme des obligations pour les pouvoirs publics (1), ni *a fortiori* comme des droits dont les individus pourraient se prévaloir devant les juridictions (2).

¹⁵⁴⁰ ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Seul le législateur peut imposer la parité hommes-femmes dans les listes de candidats aux élections aux chambres d'agriculture », *op. cit.*, p. 882. Voir *contra* : LE POURHIET Anne-Marie, « La loi du genre », *AJDA*, 2013, p. 1251.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 882.

¹⁵⁴² Voir par exemple l'intervention de Danielle Bousquet, lors de la séance du 27 mai 2008 à l'Assemblée nationale : « Il faut absolument soutenir cet amendement car, hélas, en France, pour faire progresser concrètement l'égalité entre les femmes et les hommes, il n'est d'autre moyen que de recourir à la loi. Le Conseil constitutionnel a en effet fait valoir que notre Constitution n'abordait pas la question de la parité dans le domaine social et professionnel. Mieux vaudrait donc combler cette lacune ».

¹⁵⁴³ Décision n° 97-388 DC précitée.

¹⁵⁴⁴ CE, 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, n° 89945. Le Conseil d'État juge dans cette affaire que le principe d'égalité des sexes issu de l'alinéa 3 s'applique aux agents publics non titulaires, qui ne sont pas concernés par le statut (législatif) des fonctionnaires de 1946 prévoyant lui-même l'égalité des sexes.

¹⁵⁴⁵ CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 102.

1) La mise en œuvre d'actions positives, une faculté pour le législateur

498. Aucun texte juridique – international, européen ou de droit interne – n'impose aux pouvoirs publics d'adopter des actions positives en vue de lutter contre les inégalités de fait entre les femmes et les hommes. Ce constat est significatif en matière de parité en politique : le constituant de 1999 a considérablement réduit la force normative de la disposition constitutionnelle afin de respecter un compromis politique visant à préserver la prééminence de l'égalité comme indifférenciation. Ainsi, non seulement l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats politiques n'a pas été appréhendé comme une obligation pour le législateur, mais de surcroît, l'objet même de la faculté offerte au législateur a été réduite par rapport aux propositions initiales.

499. **Le caractère non contraignant des actions positives.** Selon l'interprétation juridictionnelle majoritaire du principe d'égalité, celui-ci n'impose aux pouvoirs publics que de traiter de façon identique les individus placés dans des situations identiques. En effet, le droit français ne retient pas une conception « bilatérale » ou « matérielle »¹⁵⁴⁶ du principe d'égalité – l'imposition de l'égalité « par la loi »¹⁵⁴⁷ – qui obligerait de traiter de façon différente des individus placés dans des situations différentes, au regard notamment des inégalités de fait¹⁵⁴⁸. Quant au droit européen, si les juges de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁴⁹ et de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵⁵⁰ retiennent, dans certains contextes, une telle conception de l'égalité, elle ne s'applique pas en matière d'égalité des sexes pour imposer aux États d'adopter des actions positives¹⁵⁵¹. Les juges européens ne semblent en effet pas avoir rompu avec la logique d'indifférenciation pour concevoir que des différences de situation au regard des inégalités puissent conduire à imposer des différences de traitement afin de rétablir une égalité de fait.

¹⁵⁴⁶ BARBOU DES PLACES Ségolène, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in POTVIN-SOLIS Laurence, *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, 2010, p. 76.

¹⁵⁴⁷ BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1998, p. 153.

¹⁵⁴⁸ BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Du principe d'égalité en droit interne et communautaire », *AJDA*, 2005, p. 2233.

¹⁵⁴⁹ CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, n° 34369/97, point 44. La Cour juge que, dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, la discrimination résulte du refus de l'État de prendre en compte le motif religieux du requérant lorsqu'il prévoit d'exclure de la profession d'expert-comptable les individus délinquants ayant refusé de porter l'uniforme.

¹⁵⁵⁰ Voir notamment l'arrêt du 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission*, C-13/63 : « La discrimination matérielle aurait consisté à traiter, soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes ». Voir également l'affaire *Sermide* du 13 décembre 1984, C-106/83, point 28.

¹⁵⁵¹ Voir par exemple : CEDH, 12 avril 2006, *Stec c/ RU*, point 51 : « L'article 14 n'interdit pas à un État membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des inégalités factuelles entre eux. [Toutefois] les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement [...] seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe ».

500. Le vocabulaire employé dans les instruments juridiques prévoyant le pouvoir de prendre des actions positives souligne du reste leur caractère incitatif et non contraignant. Par exemple, le paragraphe 4 de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, repris par l'article 23-2 de la Charte des droits fondamentaux de 2000¹⁵⁵², dispose que : « Le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». L'expression « n'empêche pas » renvoie bien à l'idée d'une simple faculté offerte aux États membres d'adopter des actions positives¹⁵⁵³. La forme négative indique que les États parties ont le pouvoir de prendre de telles « mesures temporaires spéciales », mais que seule l'identité de traitement est imposée aux États parties au terme du principe de non-discrimination.

501. S'agissant du droit français, le pouvoir de prendre des actions positives prévu par l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution ne constitue pas une obligation pour le législateur mais bien une simple faculté. En ce sens, le constituant a choisi en 1999 de se référer à l'expression « la loi *favorise* », afin de souligner explicitement cette dimension facultative. Pourtant, l'examen du projet de loi constitutionnelle adopté en première lecture à l'Assemblée nationale avait conduit les députés à retenir une formule *a priori* plus contraignante pour le législateur, tout en laissant une marge de manœuvre importante à ce dernier : « La loi *détermine* les conditions dans lesquelles est organisé l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives »¹⁵⁵⁴. Par la suite, ils sont devenus majoritairement hostiles au remplacement du terme « favorise » par le verbe « assure » ou « garantit », qui aurait introduit « dans la Constitution une obligation quasi mécanique pour le législateur »¹⁵⁵⁵. Le compromis entre, d'une part, les députés favorables à une réforme laissant une marge de manœuvre au législateur et, d'autre part, les sénateurs majoritairement hostiles en première lecture à toute modification de l'article 3 de la

¹⁵⁵² Article 23-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 18 décembre 2000, 2000/C 364/1 : « Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté ».

¹⁵⁵³ De même, la directive européenne de 1976 énonce dans son article 2-4 que : « La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes » (directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976). La même logique se retrouve dans le texte de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF) : « L'adoption par les États parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination » (article 4-1 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981).

¹⁵⁵⁴ Projet de loi relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 15 décembre 1998 (nous soulignons).

¹⁵⁵⁵ TASCÀ Catherine, Rapport n° 1240 précité, p. 42.

Constitution, a finalement abouti à l'adoption du terme « favorise » lors de l'examen du projet de loi en deuxième lecture au Sénat¹⁵⁵⁶.

502. Or, en choisissant de se référer à ce terme ambigu quant à la portée normative de l'objectif de parité, « le constituant parle pour ne rien dire, sinon pour laisser le législateur ordinaire le soin de décider à sa place »¹⁵⁵⁷. En effet, il revient dans ces conditions au législateur de choisir de mettre en œuvre ou non des actions positives, celles-ci pouvant être contraignantes ou simplement incitatives. Ainsi, « l'investiture donnée au législateur par la révision » se révèle « vide de substance normative »¹⁵⁵⁸. En outre, comme l'affirme Georges Vedel, cette imprécision aboutit à offrir au Conseil constitutionnel le choix entre une interprétation « modérée ou radicale de la parité », conduisant le Conseil constitutionnel à s'ériger clairement en pouvoir constituant dont la légitimité peut être mise en doute¹⁵⁵⁹.

503. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs par la suite fait le choix d'une interprétation restreinte de l'objectif d'égal accès, en n'exerçant qu'un contrôle *a minima* des lois susceptibles de heurter ce dernier. Il a en effet refusé de considérer comme contraires à l'objectif d'égal accès des dispositions législatives qui pouvaient pourtant potentiellement en limiter la réalisation. Ainsi, dans une décision du 3 avril 2003, il a refusé de censurer des dispositions de la loi du 11 avril 2003 qui heurtaient, selon les requérants, le principe de parité. En effet, en multipliant le nombre de listes possibles pour les élections régionales et européennes, ces dispositions risquaient de conduire les partis politiques à présenter davantage d'hommes – ceux-ci étant majoritairement placés en tête des listes¹⁵⁶⁰. Toutefois, le Conseil constitutionnel considère que ces dispositions ne heurtent pas l'objectif d'égal accès, car elles n'ont « ni pour objet ni en elles-mêmes, pour effet, de réduire la proportion de femmes élues en France au Parlement européen »¹⁵⁶¹. Dès lors, le Conseil exerce dans cette décision un contrôle minimum et abstrait des atteintes potentielles à l'objectif d'égal accès : l'objectif d'égal accès est respecté à partir du moment où les dispositions prévoient en elles-mêmes un accès équilibré aux femmes et aux hommes – ici en prévoyant que les listes sont composées à parité –, peu importe que la multiplication des listes prive d'effet un tel objectif en avantageant majoritairement les hommes placés en tête de liste. Le caractère restreint du

¹⁵⁵⁶ Voir par exemple l'intervention du sénateur Paul Girod lors de la séance du 4 mars 1999 : « Que l'on favorise l'évolution, qu'on l'accélère, oui ! Que l'on en détermine le résultat, non ! »

¹⁵⁵⁷ VEDEL Georges, « La parité mérite mieux qu'un marivaudage législatif ! », in *Le piège de la parité. Arguments pour un débat*, Hachette Littératures, 1999, p. 27.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 28.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 29.

¹⁵⁶⁰ CALVÈS Gwénaële, « Femmes et pouvoir (XIX-XXe siècle) », Journée d'étude organisée au Sénat, 8 mars 2004, URL : http://www.senat.fr/colloques/colloque_femmes_pouvoir/colloque_femmes_pouvoir21.html.

¹⁵⁶¹ Cons. constit., 3 avril 2003, n° 2003-468 DC, loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, cons. 46.

contrôle, confirmé par la suite¹⁵⁶², sous-tend l'idée que s'il est loisible au législateur d'adopter des mesures visant la réalisation cet objectif, il lui est également loisible d'adopter des mesures potentiellement défavorables à la réalisation de cet objectif¹⁵⁶³. En somme, le législateur ne saurait se voir imposer l'obligation de prendre toutes les mesures pour respecter l'objectif d'égal accès, car cela porterait atteinte à son pouvoir discrétionnaire de déterminer le régime électoral des assemblées¹⁵⁶⁴.

504. Enfin, le Conseil constitutionnel semble plutôt réticent à considérer l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Constitution – ou l'alinéa 5 de l'article 3 avant 2008 – comme une disposition pouvant servir de fondement à la censure d'une disposition législative. En effet, le Conseil constitutionnel préfère se fonder sur une disposition plus contraignante pour sanctionner les atteintes directes à la règle de l'égal accès. Par exemple, dans sa décision du 3 avril 2003, le Conseil constitutionnel a considéré comme *a priori* contraires à la Constitution les dispositions de la loi sur les élections régionales¹⁵⁶⁵, qui énonçaient que la nouvelle règle de parité prévue pour la composition des listes pour les élections régionales ne s'appliquait pas aux élections à l'Assemblée de Corse¹⁵⁶⁶. Il n'a

¹⁵⁶² Voir dans le même sens : Cons. constit., 24 juillet 2003, n° 2003-475 DC, loi portant réforme de l'élection des sénateurs, cons. 17. Les dispositions de la loi du 30 juillet 2003 étendaient de trois à quatre le nombre de sénateurs à partir duquel l'élection se déroulait au scrutin proportionnel de liste, augmentant par conséquent le nombre de départements où l'élection a lieu au scrutin uninominal. Or, seules les élections aux scrutins de liste étaient concernées par la règle de l'égal accès aux candidatures, par le biais de l'alternance hommes-femmes sur les listes, imposée par la loi 6 juin 2000. Les requérants faisaient dès lors valoir que la réduction du nombre d'élections sénatoriales se déroulant au scrutin de liste avait également pour effet en pratique de réduire la portée de l'objectif d'égal accès (cette disposition a depuis été supprimée par l'article 12 de la loi n° 2013-702 du 2 août 2013 relative à l'élection des sénateurs, qui dispose que le scrutin de liste est de nouveau appliqué dans les départements qui élisent trois sénateurs ou plus). Cependant, le Conseil constitutionnel a considéré, après avoir rappelé qu'il était « loisible » au législateur d'adopter des mesures incitatives ou contraignantes visant à rendre effectif l'égal accès, que les dispositions critiquées « ne portent pas, par elles-mêmes, atteinte à l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives énoncé à l'article 3 de la Constitution ». Voir également : Cons. constit., 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC, loi de réforme des collectivités territoriales, cons. 34.

¹⁵⁶³ Récemment, le Conseil constitutionnel a certes accordé une protection de l'objectif d'égal accès, mais une protection minimale, à propos des dispositions de la loi Rebsamen du 17 août 2018 qui prévoient une obligation de présenter pour les élections professionnelles des listes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale (les listes devant être composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes). Si ces dispositions apparaissent *a priori* favorables à l'objectif d'égal accès, elles n'établissent en réalité qu'une représentation « proportionnée » du collège électoral (voir DE TONNAC Aurélie, « Sur la conformité constitutionnelle de la représentativité proportionnée aux élections professionnelles », *La Revue des droits de l'homme*, mars 2018). Dès lors, si le collège électoral est lui-même déséquilibré en termes de présence d'homme ou de femme, le dispositif prévu conduit à ce que ce déséquilibre soit reflété dans la composition des listes. Or, le Conseil constitutionnel ne censure pas ce dispositif sur le fondement de l'objectif d'égal accès, alors qu'il contrevient clairement à un tel objectif. Il se contente d'émettre une réserve d'interprétation énonçant que la règle de calcul fondée sur la proportionnalité ne saurait être impérative et ainsi « faire obstacle à ce que les listes de candidats puissent comporter un candidat du sexe sous-représenté dans le collège électoral ». Une telle réserve se borne donc à éviter qu'aucune personne du sexe sous-représenté ne soit inscrite sur la liste électorale et ne règle donc pas la question d'un accès égal des femmes et des hommes aux élections professionnelles (Cons. constit., 19 janvier 2018, n° 2017-686 QPC).

¹⁵⁶⁴ Décision n° 2003-475 DC précitée, cons. 18.

¹⁵⁶⁵ Loi n° 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques.

¹⁵⁶⁶ Celles-ci demeuraient ainsi régies par les anciennes dispositions de la version de l'article L. 370 du Code électoral issu de l'article 6 loi du 6 juin 2000, qui prévoyait que les listes électorales étaient composées d'un nombre égal de candidats de chaque sexe (« sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un. Au sein de chaque groupe entier de six candidats dans l'ordre de présentation de la liste doit figurer un nombre égal de candidats de chaque sexe »). La nouvelle règle paritaire, prévoyant que les listes pour les élections régionales étaient désormais composées alternativement d'un candidat de chaque sexe, n'était dès lors pas appliquée aux élections à l'Assemblée de Corse. Pourtant, cette règle aurait pu permettre de lancer une « dynamique paritaire » : en effet, seulement sept femmes siégeaient parmi les 51 membres de l'Assemblée

néanmoins pas jugé que ces dispositions étaient contraires à l'objectif d'égal accès énoncé à l'article 3 de la Constitution – comme le soutiennent certains parlementaires¹⁵⁶⁷ – mais bien au principe général d'égalité¹⁵⁶⁸. Si le Conseil constitutionnel admet que la suppression de la disposition constituerait une atteinte à l'objectif d'égal accès¹⁵⁶⁹, il refuse en revanche d'admettre que la disposition législative en cause viole directement ce dernier. Ce refus de renvoyer à l'objectif d'égal accès pour fonder la censure de dispositions législatives souligne bien le caractère non contraignant et facultatif de cet objectif : étant donné que, selon le Conseil, il est loisible au législateur d'adopter des dispositifs visant l'égal accès, il serait paradoxal de lui imposer le respect de cet objectif en censurant sur ce fondement des dispositions qui le méconnaîtraient.

505. À l'heure de la révision constitutionnelle actuelle, certains parlementaires se sont positionnés en faveur de l'inscription du terme « garanti » ou « assure » à l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution, afin précisément de donner un caractère contraignant à l'objectif d'égal accès¹⁵⁷⁰. L'inscription du terme « favorise » dans la Constitution en 1999 a en effet conduit à privilégier une interprétation des actions positives comme simple objectif pour le législateur, laissant ce dernier libre de leur attribuer ou non un caractère contraignant, tout en élargissant également la marge d'interprétation du Conseil constitutionnel pour définir la portée normative de cet objectif. Il faut encore souligner que l'objet même de l'objectif d'égal accès s'est trouvé réduit pendant les débats parlementaires.

506. **Du principe de parité à un simple objectif d'égal accès ou de représentation équilibrée.** L'objectif mis en place par le constituant en 1999 – et étendu en 2008 – est bien celui de « l'égal accès » des femmes et des hommes aux mandats électoraux, fonctions électives et aux responsabilités professionnelles et sociales, et non pas celui de « parité ». En effet, bien que certains parlementaires aient proposé d'inscrire le terme de « parité » dans la Constitution¹⁵⁷¹, un

de Corse lors de son renouvellement en 1999 (DREYFUS-SCHMIDT, Rapport n° 53 (2003-2004) fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif à la parité entre hommes et femmes sur les listes de candidats à l'élection des membres de l'Assemblée de Corse, déposé le 5 novembre 2003 au Sénat).

¹⁵⁶⁷ Voir par exemple l'intervention du sénateur Michel Dreyfus Schmidt lors de la séance du 7 mars 2003 au Sénat.

¹⁵⁶⁸ Décision n° 2003-468 DC précitée, cons. 26.

¹⁵⁶⁹ Décision n° 2003-468 DC précitée, cons. 27. Le Conseil constitutionnel a renvoyé la suppression de cette inégalité au législateur. Celui-ci a par la suite modifié l'article L. 370 du Code électoral, en y inscrivant la règle de l'alternance sur les listes entre un candidat masculin et un candidat féminin (loi n° 2003-1201 du 18 décembre 2003 relative à la parité entre hommes et femmes sur les listes de candidats à l'élection des membres de l'Assemblée de Corse).

¹⁵⁷⁰ BILLON Annick, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, enregistré à la présidence du Sénat le 17 juillet 2018, p. 56.

¹⁵⁷¹ Voir l'amendement n° 18 présenté par Roselyne Bachelot-Narquin lors de la troisième séance du 15 décembre 1998 à l'Assemblée nationale : « Par mon amendement 18, je propose que l'alinéa ajouté à l'article 3 de la Constitution soit ainsi rédigé : "L'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et aux fonctions politiques est assuré par la parité. La loi en fixe les modalités". Ainsi serait introduit le concept de parité, principe opérationnel de l'égalité ».

consensus s'est dégagé lors de la discussion du projet de loi constitutionnelle en 1998-1999 pour rejeter explicitement ce terme, au moins pour deux raisons.

507. Premièrement, les parlementaires ont retenu une définition mathématique de la notion de « parité » renvoyant à une égalité parfaite (50-50), impliquant qu'il y ait autant de femmes que d'hommes occupant les fonctions électives en France. Or, pour la rapporteure Catherine Tasca, la parité, comprise dans ce sens, est « extrêmement difficile à réaliser [...]. Adopter une position trop rigide, c'est rendre la règle inapplicable et donc prendre le risque de la discréditer »¹⁵⁷². De même pour le rapporteur Guy Cabanel, l'usage du terme de « parité » se heurte à des difficultés, car il est compliqué d'appliquer une égalité mathématique à des élections pour lesquels les listes comportent un nombre impair de candidats ou pour lesquelles est organisé un scrutin uninominal¹⁵⁷³. L'expression d'« égal accès », plus souple, a dès lors été préférée comme renvoyant plus largement à « une finalité globale et un instrument, parmi d'autres, pour atteindre une égalité réelle entre les femmes et les hommes dans la vie publique mais aussi dans tous les domaines sociaux ou économiques »¹⁵⁷⁴.

508. Deuxièmement, il est affirmé que l'inscription du terme de « parité » dans la Constitution conduirait à *imposer* au législateur le moyen de réaliser l'égalité de fait, à savoir prévoir un accès strictement égal aux femmes et aux hommes aux mandats et fonctions. Or, les parlementaires souhaitent justement préserver la marge de manœuvre du législateur dans ce domaine, en lui laissant le choix d'adopter des mesures incitatives ou contraignantes pour remplir l'objectif d'égalité de fait¹⁵⁷⁵. De plus, le rejet de l'inscription du terme « parité » à l'article 3 de la Constitution tient aussi de la réticence des parlementaires à imposer au législateur une obligation de résultat, c'est-à-dire une égale présence des femmes et des hommes au sein des élus¹⁵⁷⁶. La notion de « parité » est en effet entendue par beaucoup comme conduisant à imposer une égalité stricte non pas dans les listes de candidatures, mais bien parmi les élus.

509. Pourtant, s'il a délibérément été omis du texte de la Constitution, le terme de « parité » apparaît explicitement dans certaines décisions du Conseil constitutionnel¹⁵⁷⁷. De même, si les

¹⁵⁷² TASCAS Catherine, Rapport n° 1240 précité, p. 40.

¹⁵⁷³ CABANEL Guy, Rapport n° 156 précité.

¹⁵⁷⁴ TASCAS Catherine, Rapport n° 1240 précité, p. 40.

¹⁵⁷⁵ CABANEL Guy, Rapport n° 156 précité. Il apparaît « préférable de s'en tenir au principe de l'égalité républicaine, le texte proposé tendant à faciliter sa mise en œuvre et non à imposer au législateur un moyen déterminé à cet effet ».

¹⁵⁷⁶ Voir par exemple l'intervention de Didier Julia lors de la deuxième séance du 16 février 1999 au Sénat.

¹⁵⁷⁷ Le Conseil constitutionnel fait parfois référence au « principe de parité » (Cons. constit., 30 mai 2000, n° 2000-429 DC, cons. 19), à « l'objectif de parité » (9 décembre 2010, n° 2010-618 DC, cons. 61), aux « règles de parité » (Cons. constit., 19 juin 2001, n° 2001-445 DC, cons. 56) ou simplement à la « parité » (Cons. constit., 13 décembre 2012, n° 2012-658 DC, cons. 43 ; et 16 mai 2013, n° 2013-667 DC, cons. 15).

titres des lois font plutôt référence à d'autres expressions comme celles de « favorisent l'égal accès », « facilitent l'égal accès » ou « tendent à promouvoir l'égal accès » ou à la « représentation équilibrée des femmes et des hommes »¹⁵⁷⁸, le contenu de nombreuses lois mentionne tout de même explicitement la notion de parité¹⁵⁷⁹. C'est particulièrement le cas entre 2012 et 2014¹⁵⁸⁰, période durant laquelle le gouvernement a mis en place une politique active tendant à l'égalité réelle¹⁵⁸¹. Toutefois, dans les cas où les textes et les décisions du Conseil constitutionnel font mention de la notion de « parité », la signification de celle-ci n'est pas évidente et varie d'un texte ou d'une décision à l'autre. En effet, la notion de « parité » peut dans certains cas désigner les règles contraignantes adoptées par le législateur pour établir une stricte égalité mathématique dans l'accès aux candidatures ou aux mandats et fonctions de divers organes. Mais le terme est aussi parfois employé pour renvoyer davantage à l'objectif général d'égal accès qu'à cette définition stricte de la parité.

510. En dépit des incertitudes quant à la signification exacte de l'usage du terme « parité », il convient surtout de retenir que les réticences du constituant à inscrire ce terme dans la Constitution sont liées au refus d'imposer en 1999 un objectif *trop contraignant* pour le législateur – même si celui-ci a par la suite adopté des mesures imposant une stricte parité. En effet, conçu comme une dérogation au principe d'égalité, l'égal accès ne saurait constituer autre chose qu'un objectif non contraignant pour le législateur. L'exigence d'indifférenciation liée au principe d'égalité empêche de concevoir les actions positives comme une application légitime du principe. De surcroît, l'infériorité axiologique de l'objectif d'égal accès par rapport au principe d'égalité s'est également traduite sur le plan juridique par l'absence de sa consécration comme droit individuel.

¹⁵⁷⁸ Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ; loi n° 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ; loi n° 2008-175 du 26 février 2008 facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général ; loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance des entreprises.

¹⁵⁷⁹ Entre 2000 et 2018, vingt et une lois renvoient expressément au terme de « parité ». À partir de 2012, il s'agit surtout pour le législateur d'étendre la parité, entendue comme stricte égalité d'accès, à de divers organismes tels que, entre beaucoup d'autres, la Commission de régulation de l'énergie (article 9 de la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 relative à la transition énergétique), le Conseil national d'évaluation du système scolaire (article 33 de la loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République) ou encore l'Agence nationale de contrôle du logement social (article 102 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové).

¹⁵⁸⁰ La loi n° 2014-873 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes du 4 août 2014 contient en ce sens un titre IV consacré à la mise en œuvre de « l'objectif constitutionnel de parité » – alors même que la Constitution ne mentionne pas un tel objectif

¹⁵⁸¹ Afin de mettre en œuvre la politique d'égalité réelle, un ministère des droits des femmes est créé en 2012 sous la présidence de François Hollande et le décret n° 2013-8 du 3 janvier 2013 porte création du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes.

2) Le rejet de l'égalité de fait comme droit subjectif

511. L'opposition hiérarchique entre l'égalité comme indifférenciation et l'égalité par la différenciation se manifeste encore à travers l'absence de consécration de l'égalité de fait comme droit subjectif pour les individus. Il s'agit de retenir une définition classique de la notion de « droit subjectif », empruntée à Rudolf Von Ihering, comme « intérêts juridiquement protégés » opposables à l'État qui peuvent faire l'objet d'une action en justice de la part des individus qui en sont titulaires¹⁵⁸². Deux aspects de la définition sont particulièrement essentiels à la démonstration : à la fois, d'une part, un aspect substantiel qui conduit à appréhender le droit subjectif comme un intérêt pour l'individu mais aussi en contrepartie une obligation pour l'État et, d'autre part, un aspect procédural qui tient la justiciabilité de ces droits¹⁵⁸³. Il ne s'agit pas de prétendre que cette définition doctrinale constitue la vraie et la seule définition de la notion de « droit subjectif » ; elle est néanmoins utile pour la démonstration, car elle reflète tout à fait la conception de la notion de « droit » retenue par le Conseil constitutionnel pour refuser de consacrer comme tel l'objectif d'égal accès. En effet, pour le Conseil constitutionnel, seul le principe d'égalité entendu comme une exigence d'indifférenciation est susceptible d'être qualifié de droit subjectif selon la définition de Ihering, les actions positives n'étant ni imposables au législateur, ni par conséquent invocables par les individus devant les juridictions.

512. **L'égalité comme indifférenciation seule constitutive d'un droit individuel.** Le principe d'égalité, interprété comme une exigence d'indifférenciation des individus placés dans des situations identiques, apparaît remplir les différents critères de définition d'un droit subjectif. En effet, du point de vue substantiel, en premier lieu, il s'impose à l'État – et à certaines personnes privées – comme un droit subjectif pour les individus de ne pas être discriminé, notamment en raison de leur sexe. Ce droit à ne pas être discriminé constitue dès lors un « droit défensif », qui impose à l'État « une obligation de ne pas faire, d'abstention à la charge de l'État »¹⁵⁸⁴. En second lieu, du point de vue procédural, le principe d'égalité et son corollaire le principe de non-discrimination, sont invocables par les individus devant les juridictions civiles et administratives lorsque ceux-ci s'estiment victimes d'une inégalité de traitement en comparaison avec un individu placé dans une situation identique. De même, le principe d'égalité figure parmi les droits les plus invoqués dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, tant lors du

¹⁵⁸² IHERING Rudolf, *L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 3^e éd., tome IV, p. 328.

¹⁵⁸³ JOUANJAN Olivier, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, p. 44.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 44.

contrôle *a priori*¹⁵⁸⁵, que lors du contrôle *a posteriori* à l'initiative des individus titulaires du droit de ne pas être discriminé¹⁵⁸⁶.

513. La doctrine affirme dans le même sens que le principe d'égalité, entendu comme indifférenciation, est considéré en droit français à la fois comme « un droit fondamental en soi » et comme « une condition d'exercice des autres droits »¹⁵⁸⁷. Dès lors, la qualification de l'égalité comme « principe » ne fait pas obstacle à sa reconnaissance comme droit subjectif. Pourtant, les auteurs de théorie du droit distinguent de façon conventionnelle entre les « règles de droit » et les « principes »¹⁵⁸⁸, ces derniers étant notamment définis par leur indétermination, c'est-à-dire par leur « défectibilité » et par leur caractère « structurellement vague »¹⁵⁸⁹. Pour Robert Alexy, par exemple, les règles de droit ont un caractère impératif, elles s'imposent directement et peuvent par conséquent constituer des droits subjectifs, tandis qu'une des spécificités des principes résulte dans leur réalisation qui s'effectue à des degrés différents¹⁵⁹⁰. Mais les principes sont souvent conçus comme pouvant tout de même donner naissance à des droits subjectifs, sous forme de règles contraignantes, dès lors qu'ils sont réalisés à un certain degré¹⁵⁹¹. Or, c'est bien le cas du principe d'égalité, qui, lorsqu'il est interprété comme une exigence d'indifférenciation, constitue une règle de droit imposable à l'État et à certaines personnes privées et invocables par les individus devant les juridictions.

514. Il en va en revanche différemment pour le principe d'égal accès énoncé à l'article 1^{er} de la Constitution : en effet, si l'objectif d'égal accès est explicitement qualifié de « principe » à la fois dans le texte de la Constitution¹⁵⁹², mais aussi – certes rarement – par le Conseil constitutionnel¹⁵⁹³ et par le législateur¹⁵⁹⁴, cette qualification ne conduit pas à la reconnaissance d'un droit subjectif pour les individus. Par conséquent, le droit instaure bien une hiérarchie entre, d'un côté, le principe d'égalité, qui, lorsqu'il est interprété comme une exigence

¹⁵⁸⁵ MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre 2010 : « Dans près d'une décision sur deux rendue par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori* de l'article 61 de la Constitution, il est fait application du principe d'égalité ».

¹⁵⁸⁶ Une recherche sur Légifrance en date du 16 mars 2018 a mis en évidence que dans 306 décisions sur 607, issues de question prioritaire de constitutionnalité, les requérants invoquaient le principe d'égalité.

¹⁵⁸⁷ MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre 2010.

¹⁵⁸⁸ DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, trad. de l'anglais par Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, Paris, PUF, 1995, p. 80 et s.

¹⁵⁸⁹ GUASTINI Riccardo, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in CAUDAL Sylvie, *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁵⁹⁰ ALEXY Robert, « The construction of Constitutional Rights », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 91, 2012/3, p. 465.

¹⁵⁹¹ GUASTINI Riccardo, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », *op. cit.*, p. 117.

¹⁵⁹² Par renvoi à l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Constitution, l'article 4 dispose ainsi que les partis et les groupements politiques « contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1^{er} dans les conditions déterminées par la loi ».

¹⁵⁹³ Cons. const., 30 mai 2000, n° 2000-429 DC.

¹⁵⁹⁴ Voir par exemple la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

d'indifférenciation, donne naissance à un droit subjectif et, de l'autre, un principe d'égal accès visant l'égalité de fait, qui demeure un simple objectif pour le législateur et ne saurait conférer de droit subjectif pour les individus.

515. **La négation explicite de l'objectif d'égal accès comme droit individuel.** La reconnaissance d'un droit subjectif à l'égalité de fait impliquerait, d'une part, une obligation positive incombant à l'État de mettre en place des actions pour atteindre ce but et, d'autre part, la faculté pour les individus d'agir en justice afin d'opposer au législateur la réalisation de l'égalité dans des domaines où les inégalités sont encore significatives. L'égalité de fait constituerait ainsi, dans une logique d'équité¹⁵⁹⁵ et de justice sociale orientée vers la redistribution¹⁵⁹⁶, un « droit-créance » opposable à l'État. Or, il est admis que le droit français est plutôt réservé quant à la reconnaissance du caractère contraignant et justiciable des droits-créances¹⁵⁹⁷. Ce constat est particulièrement significatif s'agissant des actions positives en faveur de la réalisation de l'égalité de fait.

516. En ce sens, dans sa décision QPC du 24 avril 2015 relative à la parité dans les conseils académiques des universités, le Conseil constitutionnel a refusé de qualifier l'objectif d'égal accès de droit pouvant être invoqué lors d'un contentieux subjectif¹⁵⁹⁸. Certes, la solution retenue par le Conseil est à première vue plutôt favorable à la parité et, partant, à l'égalité de fait. La requête initiale de la Conférence des présidents des universités contestait en effet la parité imposée par le législateur à la formation restreinte du conseil académique compétente pour les enseignants-chercheurs autres que les professeurs¹⁵⁹⁹, sur le fondement de la liberté de choix des électeurs et du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs et du principe d'égalité devant la loi. Or, le Conseil constitutionnel a dans un premier temps jugé que la mise en œuvre de la parité par le législateur offrait suffisamment de garanties pour respecter ces principes de valeur constitutionnelle. Il a en revanche rejeté, dans un second temps, le grief invoqué par les intervenants – un groupe d'enseignants-chercheurs – qui soutenaient que les mesures prises par le législateur méconnaissaient le principe de parité. Ils invoquaient en effet l'incompétence négative du législateur, qui aurait dû imposer la parité aux formations restreintes du conseil académique compétentes pour tous les enseignants-chercheurs et non pas uniquement aux formations restreintes compétentes pour les questions relatives aux professeurs. Les intervenants faisaient

¹⁵⁹⁵ BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1998, p. 152.

¹⁵⁹⁶ RAWLS John, *Théorie de la justice*, Le Seuil, 1997.

¹⁵⁹⁷ Voir sur cette question ROULHAC Cédric, *L'opposabilité des droits et libertés*, Thèse pour le doctorat de droit public, Université Paris Nanterre, 2016, en particulier paragraphes 267 et s.

¹⁵⁹⁸ Cons. constit., 24 avril 2015, n° 2015-465 QPC.

¹⁵⁹⁹ Article 50 de la loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et la recherche, modifiant l'article L. 712-6-1 du Code de l'éducation.

ainsi valoir implicitement que le principe d'égal accès constitue un droit subjectif, invocable par les requérants devant les juridictions, impliquant la mise en place d'actions positives par le législateur.

517. Cependant, tout en reconnaissant que l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Constitution confère au législateur le pouvoir de prendre des mesures paritaires incitatives ou contraignantes, le Conseil constitutionnel considère que « cette disposition n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit » et que « sa méconnaissance ne peut donc être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité »¹⁶⁰⁰. Selon ce raisonnement, ni la disposition constitutionnelle relative à la parité, ni l'alinéa 3 du Préambule de 1946 sur l'égalité des droits, ne constituent un fondement juridique pour la reconnaissance d'un droit à l'égalité de fait.

518. Le refus du Conseil constitutionnel de reconnaître un droit subjectif à l'égal accès apparaît lié au souci d'éviter le développement d'un contentieux trop important devant les juridictions ordinaires, protectrices des droits subjectifs. Comme l'affirme Marc Pichard à propos du refus délibéré du Conseil constitutionnel de consacrer un « droit au logement » : « Le choix de ne pas parler de *droit à* est symptomatique d'une volonté du Conseil d'éviter le développement d'un contentieux fondé sur un droit fondamental au logement devant le juge ordinaire »¹⁶⁰¹. Ainsi, le Conseil constitutionnel a fait le choix de recourir à la notion d'objectif à valeur constitutionnelle pour le logement, comme il a choisi de retenir la qualification d'objectif d'égal accès pour la parité. Le but visé est bien de s'assurer que le destinataire de ces objectifs demeure le législateur et non pas les individus, qui ne peuvent dès lors pas les invoquer en tant que droits subjectifs devant les juridictions ordinaires ou dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁶⁰².

519. Par conséquent, la disposition constitutionnelle prévoyant l'objectif d'égal accès, à savoir l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Constitution, ne proclame, pour reprendre les mots de Gilles Pellissier, « aucun droit, mais confère à un pouvoir normatif une faculté d'opérer des différences de traitement pour réaliser une égalité réelle »¹⁶⁰³. À travers ces textes, décisions et discours relatifs à la parité, on voit donc apparaître une différence de qualification juridique entre ces deux pans de l'égalité des sexes. D'un côté, l'égalité comme indifférenciation est à la fois considérée comme

¹⁶⁰⁰ Décision n° 2015-465 QPC précitée, cons. 14.

¹⁶⁰¹ PICHARD Marc, *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, Economica, 2006, p. 305.

¹⁶⁰² *Ibid.*, p. 305. En plus d'éviter le développement potentiellement « incontrôlable » de contentieux relatif à la mise en place d'actions positives devant les juridictions ordinaires, cette solution permet au Conseil constitutionnel de conserver le « monopole » des contentieux relatifs à l'objectif d'égal accès – et par là même de l'interprétation de ce dernier – celui-ci ne pouvant être invoqué qu'à l'occasion de contentieux visant la constitutionnalité d'une loi par le contrôle *a priori*.

¹⁶⁰³ Conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier (CE, 7 mai 2013, n° 362280).

une obligation imposée au législateur, au pouvoir réglementaire et à certaines personnes privées, ainsi qu'un droit subjectif pour les individus qui peuvent agir en justice afin de voir respecter leur droit de ne pas être discriminés. De l'autre, l'égalité par la différenciation est appréhendée comme un simple objectif non contraignant pour le législateur et ne saurait constituer un droit pour les individus, qui ne peuvent dès lors pas opposer au législateur la mise en place d'actions positives. Cette différence de qualification – approuvée par une partie de la doctrine¹⁶⁰⁴ – est directement liée à la prééminence de l'égalité comme indifférenciation et au caractère dérogoire de l'égalité de fait : en tant que dérogations au principe d'égalité, la mise en place d'actions positives demeure une faculté pour le législateur. La reconnaissance d'une obligation d'égalité de fait ou *a fortiori* d'un droit à l'égalité de fait constituerait une atteinte trop importante à l'égalité comme indifférenciation. Il faut prendre néanmoins la mesure des conséquences d'une telle interprétation qui revient, rien de moins, à opposer deux conceptions de l'égalité des sexes, dans la mesure où les actions positives tendent aussi à la réalisation de l'égalité des droits entre les femmes et les hommes.

520. **Une opposition paradoxale entre deux conceptions de l'égalité des sexes.** Il peut apparaître paradoxal¹⁶⁰⁵, voire contradictoire de mettre « en conflit deux significations du principe d'égalité que le droit français (et ici, le texte constitutionnel lui-même) cherche précisément à conjuguer »¹⁶⁰⁶. Ce paradoxe est mis en lumière par exemple dans ces propos de Georges Vedel : « Le législateur peut [...], pour combattre les inégalités ou pour des raisons d'intérêt général qu'il juge supérieures, porter de sérieuses atteintes au principe d'égalité »¹⁶⁰⁷. Il est pour le moins étonnant d'affirmer que les actions positives constituent une rupture du principe d'égalité des sexes, alors même que ces actions positives visent la concrétisation de l'égalité des sexes. Par exemple, l'objectif d'égal accès tend à concrétiser dans les faits l'égalité des femmes et des hommes quant au droit d'être éligible. En ce sens, les actions positives telles que l'objectif d'égal accès visent à remédier aux écueils de l'égalité formelle, à la compléter sur la base du constat que l'énonciation de l'égalité des droits dans les textes n'a pas conduit à l'exercice effectif de ces droits dans les faits. Dès lors, opposer les deux conceptions de l'égalité « revient à méconnaître la mesure dans laquelle le premier advient comme complément ou correctif des apories ou

¹⁶⁰⁴ Voir par exemple LE POURHIET Anne-Marie, « Égalité et discrimination », in LEMAIRE Félicien, GAURIAU Bernard, *Les discriminations*, Paris, Cujas, 2012, p. 30 : l'auteure critique la tendance à l'affirmation d'un « droit à l'égalité » : « L'égalité de fait n'est pas une norme constitutionnelle et n'est pas du tout celle qui est visée par la devise "liberté, égalité, fraternité" ».

¹⁶⁰⁵ DE MONTALIVET Pierre, « Le principe d'égalité face aux exceptions », *op. cit.*, p. 220 : « On retrouve là le paradoxe du principe d'égalité : envisagé concrètement, sous l'angle de cette égalité par la loi, il justifie des dérogations à l'égalité devant la loi ».

¹⁶⁰⁶ ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Seul le législateur peut imposer la parité hommes-femmes dans les listes de candidats aux élections aux chambres d'agriculture », *RFDA*, 2013, p. 882.

¹⁶⁰⁷ VEDEL Georges, « L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990, p. 180.

inachèvement du second »¹⁶⁰⁸. Considérer les actions positives comme une dérogation au principe d'égalité revient ainsi à nier que celles-ci contribuent aussi, dans un troisième temps de l'égalité¹⁶⁰⁹, à la réalisation de ce principe. De plus, considérer les actions positives *a priori* comme des discriminations, des ruptures d'égalité, fussent-elles « positives », résulte d'un choix interprétatif de la part du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'État, qui n'est pas forcément repris dans tous les instruments juridiques¹⁶¹⁰. Par exemple, la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes énonce que l'adoption d'actions positives par les États membres « visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention »¹⁶¹¹. Cette disposition énonce expressément que les actions positives ne sauraient être appréhendées comme contraires à l'égalité, car elles visent précisément à la réalisation de l'égalité entre les sexes¹⁶¹². De même, la Cour européenne des droits de l'homme affirme, de façon plus générale, que : « La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »¹⁶¹³, ce qui est l'objet même des actions positives orientées vers un but d'égalité de fait. Comment expliquer alors, au regard de ces évolutions, que le droit français retienne encore une conception des actions positives comme ruptures ou dérogations au principe d'égalité des sexes et non comme réalisation de ce dernier ?

521. Ce paradoxe tenant à l'opposition entre le principe d'égalité des sexes et les outils qui servent précisément à le concrétiser trouve une explication dans l'objectif principal assigné à l'égalité des sexes. En effet, l'égalité des sexes, telle qu'interprétée traditionnellement en droit français et européen tant dans son sens indifférencialiste que différencialiste, ne tend pas en

¹⁶⁰⁸ ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Seul le législateur peut imposer la parité hommes-femmes dans les listes de candidats aux élections aux chambres d'agriculture », *op. cit.*, p. 882. Voir également, CHARPENTIER Louis, « L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, p. 281 : « Il est inconcevable de maintenir plus longtemps un système schizophrénique qui affirme d'une part l'égalité de traitement entre travailleurs masculin et féminin, et qui, dans le même temps, autorise qu'on lui oppose les mesures qui visent, justement, à lui donner son effectivité ».

¹⁶⁰⁹ ROSENFELD Michel, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, 2010, p. 177 et s.

¹⁶¹⁰ LANQUETIN Marie-Thérèse, « De l'égalité des chances », *Droit social*, 1996, p. 494 : « La relecture attentive des divers instruments internationaux montre que l'égalité des chances et l'égalité de traitement constituent deux composantes de l'égalité, complémentaires et indissociables, ce qu'exprime la formulation de la Convention n° 111 de l'OIT. Comment dès lors justifier la hiérarchisation des deux composantes d'un principe unique ? » Voir également CHARPENTIER Louis, « L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, p. 281.

¹⁶¹¹ Article 4-1 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

¹⁶¹² Dans le même sens, l'avocat général Saggio souligne, dans les conclusions relatives à l'affaire *Badeck*, que la notion d'action d'« action positive » a connu une évolution liée à la volonté croissante des instances communautaires et nationales de lutter de façon plus effective contre les inégalités de fait ; dès lors, il apparaît selon lui douteux de mettre en opposition l'égalité substantielle et l'égalité formelle, la première ne devant plus, de son point de vue, être considérée comme exceptionnelle et d'interprétation stricte, au risque que les actions positives soient vidées de leur contenu (conclusions de l'avocat général Saggio présentées le 10 juin 1999, affaire C-158/97, point 26).

¹⁶¹³ CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c/ Belgique*, n° 1474/62, n° 1677/62, n° 1691/62, n° 1769/63, n° 1994/63, n° 2126/64.

définitive à atteindre une égalité stricte et absolue des sexes, mais sert plutôt une conception méritocratique de l'égalité. Ceci entraîne des conséquences de deux ordres. D'une part, aucun individu ne saurait être différencié selon son sexe, car ce serait alors porter atteinte au principe selon lequel les distinctions ne peuvent être fondées que sur les capacités, le mérite et les talents. Il n'est d'ailleurs pas anodin que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État se fondent sur l'article 6 de la Déclaration de 1789 relatif à l'égalité méritocratique, pour censurer les actions positives, plutôt que sur l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 relatif à l'égalité des sexes¹⁶¹⁴. D'autre part, les actions positives ne sont viables que lorsqu'elles servent à rétablir cette égalité fondée sur le mérite, en rétablissant les mêmes chances entre les femmes et les hommes. Le paradoxe de départ est dès lors levé : les actions positives heurtent la conception dominante de l'égalité des sexes, comprise majoritairement comme un instrument de l'égalité méritocratique, lorsqu'elles conduisent à accorder la priorité à la considération du sexe sur celle du mérite pour établir une égalité de résultat.

522. Par conséquent, la construction du jeu de principe/exception et l'opération de « conciliation » entre ces deux conceptions de l'égalité sont fondées implicitement sur une hiérarchisation axiologique privilégiant l'égalité méritocratique. Ainsi, il semble que « l'objectif social poursuivi » par les interprètes de l'égalité ne soit pas de tendre absolument à la « substantialisation de l'égalité des droits »¹⁶¹⁵ par une égalité de résultat, mais bien plutôt de rétablir une égalité des chances. L'évolution législative a cependant tendance à atténuer une telle logique en dépassant le strict cadre de l'égalité des chances.

II. Des actions positives limitées car conçues majoritairement comme instruments de l'égalité des chances

523. La construction de l'opposition hiérarchique entre égalité des sexes comme indifférenciation et égalité des sexes par la différenciation a permis, en droit français comme en droit européen, de préserver la prédominance d'une conception méritocratique de l'égalité¹⁶¹⁶, telle qu'énoncée à l'article 6 de la Déclaration de 1789¹⁶¹⁷. En ce sens, s'il est traditionnellement admis que les actions positives puissent exceptionnellement établir une différence de traitement

¹⁶¹⁴ CALVÈS Gwénaële, « Réforme des retraites et égalité des sexes en France », in TSUJIMURA Miyoko, LOCHAK Danièle, *Égalité des sexes : la discrimination positive en question*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 106.

¹⁶¹⁵ CHARPENTIER Louis, « L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité », *RTD eur.*, 1996, p. 281.

¹⁶¹⁶ CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 32 : « Dans la totalité des contextes politiques où elle est mise en œuvre, la discrimination positive soulève une objection qui consiste à opposer recrutement au mérite et recrutement de faveur. Cette objection, partout où la répartition méritocratique des biens apparaît comme un acquis démocratique consacrant à la fois le primat de l'individu et la victoire du libéralisme politique, fait nécessairement mouche ».

¹⁶¹⁷ OZOUF Mona, « Égalité », in FURET François, OZOUF Mona, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Champs Flammarion, 1992, p. 144.

fondée sur le sexe, il est en revanche refusé que de telles mesures conduisent à remettre en cause le processus de distinction en raison des compétences ou des capacités des individus.

524. Toutefois, tandis que les juges et la majorité de la doctrine restent essentiellement attachés à une conception méritocratique de l'égalité – faisant primer l'indifférenciation quant au mérite – (A) le législateur tend de plus en plus à se départir de cette logique pour réaliser l'égalité réelle¹⁶¹⁸ par la différenciation selon le sexe (B).

A. Les actions positives traditionnellement admises pour rétablir l'égalité des chances

525. Les actions positives ont été conçues en droit français et en droit européen avant tout pour rétablir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes. Celle-ci peut être définie comme « la faculté pour les individus de participer, à égalité les uns avec les autres, au jeu social pour l'obtention de biens valorisés suffisamment rares pour qu'ils ne soient pas disponibles pour tous. Bref, la chance c'est ici avant tout la possibilité de s'élever à un niveau supérieur dans la société stratifiée »¹⁶¹⁹. L'égalité des chances ne tend donc pas à remettre en cause la hiérarchie sociale, mais à permettre aux catégories désavantagées d'accéder aux sphères supérieures de cette hiérarchie, en favorisant leur mobilité sociale lors des processus de sélection¹⁶²⁰. En matière d'égalité des sexes, les actions positives prises sur le fondement de l'égalité des chances ont ainsi pour but de compenser les inégalités construites historiquement entre les femmes et les hommes qui produisent des chances inégales, structurellement reproductibles¹⁶²¹ et qui entravent l'accès aux droits et, de là, qui empêchent la réussite de chacun selon ses capacités individuelles¹⁶²². La logique d'égalité des chances s'applique dès lors dans les domaines où la capacité et les compétences sont traditionnellement retenues comme critères de sélection, comme en matière de recrutement dans les emplois publics ou privés, en matière d'éducation et de formation ou encore dans la sphère politique. Les politiques d'égalité des chances permettent ainsi de faciliter l'accès aux droits équivalents à ces domaines – droit au travail, à l'éducation, à l'éligibilité – non pas en supprimant les critères traditionnels de sélection fondée sur le mérite, mais en donnant une chance aux catégories historiquement exclues de la participation au processus de sélection.

¹⁶¹⁸ Pour une définition de l'égalité *réelle* comme égalité de résultat, voir PORTA Jérôme, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », *op. cit.*, p. 354.

¹⁶¹⁹ POIRMEUR Yves, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La découverte, 2000, p. 93.

¹⁶²⁰ ROSANVALLON Pierre, *La société des égaux*, Paris, Éditions du Seuil, 2011, voir en particulier p. 346-347.

¹⁶²¹ BIDET Jean, « Égalité des chances et principe de différence », in KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives, op. cit.*, p. 64.

¹⁶²² KOUBI Geneviève, « Vers l'égalité des chances : quelles chances pour le droit ? », in KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives, op. cit.*, p. 82.

526. Dès lors, selon cette conception majoritaire des actions positives comme outils de l'égalité des chances, l'objectif de celles-ci n'est pas de rétablir de façon absolue l'égalité de fait entre les sexes, dans une logique distributive, en prévoyant l'accès à des droits ou à des fonctions uniquement sur le critère du sexe. Les actions positives ne sauraient dépasser le cadre de l'égalité des chances, en faisant prévaloir la prise en compte du critère du sexe sur celui de la compétence, au risque d'être considérées comme contraires au principe d'égalité.

527. Les actions positives conformes à l'égalité des chances sont limitées et remplissent théoriquement certains critères mis en évidence par la doctrine¹⁶²³ : elles sont le plus souvent flexibles, non excessives, temporaires et neutres quant au sexe favorisé. Concernant la flexibilité, il s'agit de ne pas faire prévaloir la prise en compte du sexe sur le critère de la compétence, en admettant par exemple des actions positives automatiques en faveur d'individus d'un sexe. L'action positive ne doit pas non plus être excessive, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas écarter « de façon absolue » le groupe non favorisé par la mesure¹⁶²⁴. De même, les actions positives prises dans le cadre de l'égalité des chances sont le plus souvent temporaires, car une fois que les mêmes chances sont rétablies entre les femmes et les hommes, c'est l'égalité comme indifférenciation qui doit de nouveau être établie¹⁶²⁵. Dans cette perspective, les mesures différentialistes ne sont pas une fin en soi mais ont uniquement pour but la compensation des inégalités de fait, appelées à disparaître. Enfin, les actions positives adoptées en droit français dans le cadre de l'objectif d'égal accès sont généralement neutres quant au sexe des individus du groupe avantagé¹⁶²⁶, de façon à bénéficier de façon « indirecte » au groupe le plus désavantagé dans les faits – le plus souvent les femmes. En effet, une action positive favorisant explicitement les femmes constituerait, pour certains auteurs, une discrimination à rebours directe à l'encontre des hommes incompatible avec le principe d'égalité conçue comme indifférenciation¹⁶²⁷.

¹⁶²³ CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 35. L'auteure relève quant à elle quatre caractéristiques : l'action positive ne doit être ni permanente, ni excessive, ni exclusive et doit être flexible.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, p. 35.

¹⁶²⁵ L'article 4 de la CEDEF prévoit ainsi la mise en œuvre par les États parties de « mesures temporaires spéciales », en précisant que l'adoption de telles mesures « ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes » (article 4-1 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981).

¹⁶²⁶ De ce point de vue, elles prennent davantage la forme d'une différenciation entre les sexes que d'une différence de traitement *stricto sensu*. Les dispositions relatives à la mise en œuvre de l'objectif d'égal accès prévoient par exemple d'avantager les femmes ou les hommes et s'appliquent donc aux individus des deux sexes. Par exemple, l'article 2 de la loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives dispose que : « Sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un ».

¹⁶²⁷ HAQUET Arnaud, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 305 : « Il est évident que les hommes qui se trouvent exclus des recrutements, en raison de l'application d'un régime préférentiel, sont victimes d'une rupture de l'égalité de traitement ».

528. Ces conditions sont toutefois « différemment hiérarchisées d'un système à l'autre et appliquées avec une rigueur variable »¹⁶²⁸. En effet, les instances européennes et françaises admettent les actions positives alors même que ces caractéristiques ne seraient pas remplies cumulativement. Il reste qu'une telle appréciation a malgré tout conduit à limiter l'adoption d'actions positives pour préserver l'égalité méritocratique. Par conséquent, il convient d'examiner « dans quelles limites et à quelles conditions »¹⁶²⁹ la Cour de justice de l'Union européenne et les juges français, admettent les actions positives dans le cadre de l'égalité des chances.

529. **Des mesures de quotas pour l'accès à l'emploi limitées à l'égalité des chances en droit de l'Union européenne.** Si le droit de l'Union européenne autorise et même encourage à l'adoption par les États membres d'actions positives¹⁶³⁰, la Cour de justice de l'Union européenne en a toutefois limité l'étendue en les enserrant dans le cadre de « l'égalité des chances », mentionnée à l'article 2-4 de la directive du 9 février 1976, afin qu'elles ne heurtent pas de façon disproportionnée le principe d'égalité¹⁶³¹. Dès lors, les juges européens sanctionnent « les dispositifs qui imposent une égalité de résultat au lieu de promouvoir seulement l'égalité des chances »¹⁶³². En instaurant ainsi un « dualisme » entre l'égalité des chances et l'égalité de résultat¹⁶³³, les juges européens admettent les actions positives tout en refusant les « discriminations positives » illégitimes, alors définies comme imposant une égalité de résultat. Celles-ci aboutissent en effet à « léser directement la partie de la population qui ne bénéficie pas de la discrimination positive »¹⁶³⁴, en prévoyant l'accès automatique à des fonctions pour le groupe défavorisé dans les faits, c'est-à-dire le plus souvent les femmes.

530. Ainsi, l'examen par la Cour de justice de questions préjudicielles relatives à la compatibilité de programmes de promotion des femmes dans les fonctions publiques allemande et suédoise avec les exigences de la directive de 1976, a été l'occasion pour celle-ci de restreindre la portée des actions positives autorisées par la directive. La jurisprudence de la Cour de justice

¹⁶²⁸ CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁶²⁹ Conclusions de l'avocat général Saggio présentées le 10 juin 1999 (affaire C-158/97, point 20).

¹⁶³⁰ Voir notamment la recommandation n° 84/635/CEE du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, qui encourage les États membres à « adopter une politique d'action positive destinée à éliminer les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle ainsi qu'à promouvoir la mixité dans l'emploi ».

¹⁶³¹ LANQUETIN Marie-Thérèse, « L'égalité des chances », *op. cit.*, p. 494 : « Le choix de la CJCE est révélateur d'une volonté d'inscrire les actions positives dans un cadre strict qui fait prévaloir l'égalité de traitement sur l'égalité des chances. Thèse classique qui place en premier le droit individuel à l'égalité et en second la dimension correctrice, 'compensatrice' des effets préjudiciables qui résultent d'attitudes, de comportements et de structures de la société ».

¹⁶³² HAQUET Arnaud, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *op. cit.*, p. 305.

¹⁶³³ CHARPENTIER Louis, « L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité », *RTD eur.*, 1996, p. 281 : « Le dualisme réside ici dans l'opposition entre égalité des chances (c'est-à-dire l'égalité des points de départ dans l'accession à une fonction d'autorité ou d'influence) et égalité des résultats (l'attribution de cette fonction) ».

¹⁶³⁴ BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.*, p. 230.

s'oppose en effet aux quotas accordant la priorité « absolue » – c'est-à-dire « un certain pourcentage de postes, fonctions, réservés aux femmes » – et « inconditionnelle » – c'est-à-dire « indépendant[e] du mérite des personnes concernées par ces mesures » – aux femmes¹⁶³⁵. Dans l'affaire *Kalanke* de 1995, la Cour de justice estime, en ce sens, que la législation qui assure automatiquement la nomination prioritaire des femmes dans des secteurs de la fonction publique où elles sont sous-représentées constitue une discrimination fondée sur le sexe dépassant la dérogation prévue par la directive de 1976¹⁶³⁶. Pour la Cour, les actions positives vont en effet « au-delà d'une promotion de l'égalité des chances »¹⁶³⁷, d'une part, lorsqu'elles prévoient des quotas chiffrés, « fixes » ou « rigides » permettant l'accès automatique des femmes à des postes sans prendre en considération le mérite mais aussi, d'autre part et de façon étonnante, lorsque les quotas sont mis en place sous conditions, en instaurant « un traitement préférentiel en faveur des femmes en présence d'une qualification équivalente à celle des concurrents de sexe masculin »¹⁶³⁸. Ainsi, bien que l'égalité méritocratique soit ici respectée – les candidats masculins et féminins ayant des qualifications équivalentes – l'action positive demeure illégitime pour les juges européens. En s'abstenant de prendre en compte la préservation du critère de la qualification par l'action positive litigieuse, la Cour, dans l'arrêt *Kalanke*, condamne bien le mécanisme des quotas en tant que tel¹⁶³⁹, lié à « l'idée d'une discrimination à rebours » à l'encontre des candidats masculins¹⁶⁴⁰. Par conséquent, l'affaire *Kalanke* est significative d'un rejet total des actions positives sous forme de quotas, jugées contraires à l'égalité formelle et dépassant le cadre de l'égalité des chances¹⁶⁴¹. *A fortiori*, la jurisprudence ultérieure a considéré comme contraires à l'égalité de traitement les actions positives prévues en cas de qualifications cette fois-ci inégales entre les candidats féminins et masculins¹⁶⁴².

¹⁶³⁵ CHARPENTIER Louis, « L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité », *op. cit.*, p. 281.

¹⁶³⁶ CJCE, 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, point 24.

¹⁶³⁷ Affaire précitée, point 22.

¹⁶³⁸ Conclusions de l'avocat général Tesouro présentées le 6 avril 1995 (affaire C-450-93, points 10 et 11).

¹⁶³⁹ La Cour suit ici le raisonnement de l'avocat général qui retient une définition restrictive de l'égalité des chances et des exigences rattachées à cette notion. Celui-ci affirme en effet que l'égalité des chances doit être comprise comme permettant « l'égalité des points de départ » et non « l'égalité des points d'arrivée » (conclusions de l'avocat général Tesouro précitées, point 13).

¹⁶⁴⁰ CHARPENTIER Louis, « L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité », *op. cit.*, p. 281 : « Ce qui est en jeu ce n'est pas tant la mesure en cause que toute action spécifique en faveur d'une catégorie minoritaire, ou, en tout cas, vulnérable ».

¹⁶⁴¹ Les seules mesures positives admises dans le cadre de l'égalité des chances sont celles qui visent à éliminer les causes des inégalités de carrières entre les femmes et les hommes, « en intervenant, en particulier, sur l'orientation et la formation professionnelle » ou en visant l'équilibre entre les responsabilités familiales et professionnelles, par exemple, à travers des aménagements des horaires de travail ou par la réinsertion sur le marché du travail des femmes ayant eu des enfants. Pour parvenir à l'égalité substantielle, il convient donc, selon l'avocat général, de tendre à l'élimination des obstacles structurels qui empêchent les femmes d'avoir les mêmes chances que les hommes sur le marché du travail, et non pas de rétablir, par le biais de quotas en faveur des femmes, une égalité numérique (conclusions de l'avocat général Tesouro précitées, points 9 et 22).

¹⁶⁴² CJCE, 6 juillet 2000, *Katarina Abramsson, Leif Anderson et Elisabet Fogelqvist*, C-407/98. Dans cette affaire relative à une réglementation suédoise prévoyant des actions positives pour favoriser l'accès des femmes aux postes d'enseignants à l'université, la Cour de justice estime que la priorité accordée de façon automatique au candidat appartenant au sexe sous-représenté, qui

531. La jurisprudence de la Cour de justice a cependant évolué pour admettre, dans le cadre de l'égalité des chances, les actions positives sous forme de quotas flexibles, c'est-à-dire, lorsque la réglementation prévoit qu'à compétences égales, l'autorité chargée du recrutement a la faculté d'écarter la préférence accordée aux femmes pour des motifs tenant à la personne du candidat masculin. La marge d'appréciation laissée à l'autorité chargée du recrutement permet ainsi, au cas par cas, de faire prévaloir le critère du mérite sur celui du sexe dans les cas où cela est justifié. Dans l'affaire *Marschall* de 1997, la Cour de justice considère ainsi que la réglementation allemande en cause est conforme à la directive de 1976, car elle comporte une « clause d'ouverture » selon laquelle « les femmes ne doivent pas être promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur »¹⁶⁴³. La réglementation se limite dès lors « à faire contrepoids aux critères traditionnels de promotion sans toutefois les supplanter »¹⁶⁴⁴. Par conséquent, l'action positive en question ne porte pas une atteinte disproportionnée à l'égalité fondée sur le mérite, d'abord parce qu'elle joue seulement lorsque les candidats se trouvent à compétences égales et, ensuite, parce que l'autorité chargée du recrutement garde le choix de faire prévaloir, au cas par cas, le critère des qualifications personnelles sur le critère du sexe. Mais, bien que dans ce cadre « le recrutement du candidat masculin relève de l'exception »¹⁶⁴⁵, il convient de se demander si cette exception ne risquerait pas en pratique de devenir le principe. En d'autres termes, une telle « clause d'ouverture » ne conduit-elle pas à priver d'effet utile l'action positive visant expressément la réduction « des inégalités de fait pouvant exister dans la réalité sociale »¹⁶⁴⁶ ? En effet, la souplesse accordée à l'autorité chargée du recrutement quant à l'appréciation subjective des qualités personnelles des candidats pourrait potentiellement compromettre de façon systématique la priorité accordée aux candidats féminins. La conciliation effectuée par la Cour de justice entre, d'un côté, la lutte contre les inégalités de fait et, de l'autre, l'égalité fondée sur le mérite, apparaît dès lors davantage préserver le second objectif.

532. La Cour opère toutefois un assouplissement encore plus marqué de sa jurisprudence dans l'affaire *Badeck* de 2000, en élargissant significativement le cadre de l'égalité des chances pour

possède des qualifications suffisantes mais non égales à ses concurrents de l'autre sexe, dépasse le cadre de l'égalité des chances. La réglementation fait en effet, cette fois-ci, clairement prévaloir le critère du sexe sur celui du mérite dans le cadre de cette action positive. Dès lors, bien que la réglementation prévoie que la priorité ne s'appliquerait pas dans le cas où la différence entre les mérites des candidats de chacun des deux sexes serait trop importante, la Cour de justice sanctionne tout de même l'atteinte disproportionnée qui est portée à l'égalité méritocratique.

¹⁶⁴³ CJCE, 11 novembre 1997, *Hellmut Marschall c/ Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, point 24.

¹⁶⁴⁴ Affaire *Marschall* précitée, point 15.

¹⁶⁴⁵ HAQUET Arnaud, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *op. cit.*, p. 305.

¹⁶⁴⁶ Affaire *Marschall* précitée, point 31.

admettre les actions positives sous forme de quotas numériques pour des postes à pourvoir¹⁶⁴⁷, tant qu'ils demeurent flexibles¹⁶⁴⁸. Autrement dit, la Cour étend le champ des actions positives légitimes et restreint celui des discriminations positives illégitimes, pour reprendre les termes employés par Olivia Bui-Xuan¹⁶⁴⁹. La Cour considère désormais, à l'inverse de l'arrêt *Kalanke*, que lorsque le critère du sexe est pris en compte à compétences égales dans le processus de sélection, c'est-à-dire, une fois que le critère de la compétence est rempli, la mesure de quota entre dans le cadre de l'égalité des chances. Mais si les conditions requises pour qu'une action positive soit considérée comme conforme au droit européen ont été assouplies, le cadre dans lequel elles sont admises demeure toujours celui de l'égalité des chances, préservant prioritairement l'égalité fondée sur le mérite. Il importe en effet pour la Cour que le critère du sexe demeure un critère secondaire, qui ne joue que par exception par rapport à d'autres critères de sélection, au premier rang duquel figure celui de la compétence¹⁶⁵⁰. Il en va de même pour des mesures de quotas, cette fois-ci contraignantes, lorsqu'elles ne concernent pas des postes à pourvoir mais des places de formation¹⁶⁵¹ – car elles conduisent alors à laisser les mêmes chances aux femmes et aux hommes d'accéder à terme aux postes¹⁶⁵². La Cour de justice estime dans ce cas que l'égalité des chances est respectée, car, pour toutes ces raisons, la priorité accordée aux femmes n'est ni absolue ni inconditionnelle.

533. Par conséquent, la Cour de justice a nettement atténué son contrôle des actions positives au regard de l'objectif d'égalité des chances¹⁶⁵³, en laissant aux États membres davantage de marge

¹⁶⁴⁷ CJCE, 28 mars 2000, *Georg Badeck e. a. c/ Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, C-158/97, point 11. Dans l'affaire *Badeck*, plusieurs dispositions d'un plan de promotion des femmes pris sur le fondement d'une loi du Land de Hesse de 1995 étaient en cause, en ce que certaines d'entre elles imposaient des quotas contraignants pour assurer la priorité des candidats féminins à des postes dans les secteurs de la fonction publique où elles étaient sous-représentées. Les requérants – des députés du Landtag de Hesse – contestaient devant les juridictions internes ces actions positives, en arguant qu'elles étaient contraires au principe d'égalité de traitement, mais également « au principe constitutionnel de sélection des meilleurs ».

¹⁶⁴⁸ En effet, la règle de priorité accordée aux femmes n'est ici ni absolue, ni inconditionnelle car « la procédure de sélection des candidats s'opère d'abord par l'appréciation de l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles » et ce n'est qu'au cas où la qualification ne permet pas de départager une candidate d'un candidat qu'il convient d'opter en faveur de la candidate, dès lors que cela s'avère nécessaire » (affaire *Badeck* précitée, points 30 et 33).

¹⁶⁴⁹ BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.*, p. 233.

¹⁶⁵⁰ Conclusions de l'avocat général Saggio précitées, point 32. De même, pour la Cour, la mesure n'est pas absolue et inconditionnelle, car la priorité accordée aux femmes n'intervient, par exception, que lorsque cela s'avère nécessaire pour lutter contre la sous-représentation des femmes, donc uniquement dans certains secteurs. Enfin, la Cour prend en compte le fait que d'autres critères, hormis la compétence, sont susceptibles de primer sur celui du sexe lors de la procédure de recrutement. En effet, l'action positive en faveur des femmes est écartée lorsque jouent les traitements préférentiels en faveur des anciens fonctionnaires ayant interrompu complètement ou partiellement leur carrière pour des raisons familiales, des soldats temporaires ayant effectué le service militaire sur la base du volontariat, ou encore des personnes atteintes d'un handicap grave.

¹⁶⁵¹ Affaire précitée, point 52. De plus le quota en question n'est pas caractérisé, selon la Cour, par une « rigidité absolue » car il permet que plus de la moitié des places de formation soient occupées par des hommes, dans le cas où peu de femmes se présenteraient (point 51).

¹⁶⁵² CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶⁵³ Selon Arnaud Haquet, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice par l'admission du système de quotas, a été jusqu'à conduire la Cour à s'écarter de la logique initiale d'égalité des chances au point d'admettre, de manière non-assumée, des « discriminations positives » (« L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *op. cit.*). Toutefois, retenir la qualification de « discrimination positive » ne semble ici pas judicieux, dans la mesure où nous avons retenu une définition de la « discrimination », même positive, comme une différence de traitement considérée comme illégitime en droit

d'appréciation pour apprécier la légitimité de ces mesures¹⁶⁵⁴. La volonté de faire évoluer la notion d'égalité des chances pour autoriser plus largement les actions positives est du reste clairement exposée dans les conclusions de l'avocat général Saggio dans l'affaire *Badeck*¹⁶⁵⁵. Cependant, l'égalité des chances fondée sur le mérite demeure préservée par les deux conditions exigées par la Cour de justice pour que les actions positives soient jugées licites : d'une part, la priorité accordée aux femmes ne doit pas être absolue et inconditionnelle et d'autre part, la réglementation doit prévoir que l'autorité chargée du recrutement tienne compte des situations personnelles des candidats, en appliquant la « clause d'ouverture » dégagée dans l'arrêt *Marschall*¹⁶⁵⁶. En revanche, le respect de l'égalité des chances ne semble pas exiger, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, que les énoncés des dispositifs instaurant des actions positives soient neutres quant au sexe du groupe avantagé¹⁶⁵⁷ ou forcément temporaires¹⁶⁵⁸.

534. L'égalité substantielle entre les femmes et les hommes – soit une égalité d'« accès »¹⁶⁵⁹ – constitue certes un objectif dont la légitimité est en expansion dans la jurisprudence de la Cour de justice, mais demeure tout de même un objectif secondaire par rapport à l'égalité de traitement. La limitation des actions positives au cadre de l'égalité méritocratique se manifeste également dans le raisonnement des juges français, bien que celui-ci soit beaucoup moins développé que celui de la Cour de justice.

535. **La protection de l'égalité fondée sur le mérite par les juges français.** En matière de parité, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont clairement fait prévaloir une interprétation du principe d'égalité comme indifférenciation quant au sexe, permettant de préserver la seule prise en compte du mérite, par rapport à la différenciation entre les sexes, permettant de corriger des inégalités de fait. Ils ont en effet admis tous deux la légitimité des actions positives différencialistes, mais uniquement dans le cadre de l'égalité des chances¹⁶⁶⁰,

positif. Or, ce n'est précisément pas le cas des actions positives qui sont, dans les affaires *Marschall* et *Badeck*, reconnues justement comme légitimes par la Cour de justice.

¹⁶⁵⁴ HAQUET Arnaud, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *op. cit.*, p. 305.

¹⁶⁵⁵ Conclusions de l'avocat général Saggio précitées, point 26.

¹⁶⁵⁶ Cette condition est toutefois laissée à l'appréciation de la juridiction nationale (affaire *Badeck* précitée, point 37). L'exigence est par conséquent plus faible que dans l'affaire *Marschall*, dans laquelle la Cour vérifie elle-même la présence d'une telle « clause d'ouverture ».

¹⁶⁵⁷ En effet, dans l'affaire *Marschall*, la Cour admet l'action positive adoptée spécifiquement en faveur des femmes, celle-ci étant justifiée par la remise en cause des inégalités de fait qui touchent majoritairement les femmes qui n'ont les mêmes chances que les hommes pour le déroulement de leur carrière (point 29).

¹⁶⁵⁸ Si la Cour de justice relève le caractère temporaire des actions positives adoptées (point 9), elle n'en fait pas explicitement une exigence requise pour admettre la légalité des actions positives.

¹⁶⁵⁹ PORTA Jérôme, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », *op. cit.*, p. 354.

¹⁶⁶⁰ L'expression « égalité des chances » est toutefois rarement employée par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État s'agissant des mécanismes favorisant l'égalité des sexes. Néanmoins, le Conseil d'État a pu se référer expressément à « l'égalité des chances », dans l'arrêt du 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale et de la Recherche*, dans lequel il a refusé par principe les distinctions selon le sexe, « hormis celles qui seraient justifiées par les conditions particulières dans lesquelles sont

conduisant à la censure d'actions positives tendant à une égalité de résultat. Afin de déterminer si une action positive entre ou non dans le cadre de l'égalité, le Conseil constitutionnel et le juge administratif examinent, d'une part, le caractère facultatif ou contraignant de la mesure, et d'autre part, son caractère exceptionnel ou au contraire automatique. Le Conseil constitutionnel a certes assoupli dès 2000 sa jurisprudence en admettant que le législateur puisse adopter, pour atteindre l'objectif d'égal accès, des mesures incitatives ou contraignantes¹⁶⁶¹. Il n'en reste pas moins qu'une action positive contraignante et accordant une priorité inconditionnelle aux femmes, sans prendre en compte le critère de la compétence des candidats pour l'accès à une fonction, constitue même après 2000 une atteinte au principe d'égalité résultant de l'article 6 de la Déclaration de 1789¹⁶⁶².

536. Si le Conseil constitutionnel a admis les actions positives en dehors de la sphère politique, c'est sous réserve qu'elles respectent le cadre de l'égalité méritocratique, défini notamment dans les décisions du 12 janvier 2002 et du 16 mars 2006. Dans sa décision de 2002 relative à la loi de modernisation sociale, le Conseil constitutionnel fait preuve d'une démarche particulièrement active pour définir le cadre des actions positives et contrer celles qui se révéleraient attentatoires à l'égalité méritocratique. En effet, le Conseil se saisit d'office de la question de la constitutionnalité de deux dispositions de la loi de modernisation sociale qui, modifiant le Code de l'éducation, prévoient que les jurys de validation des acquis de connaissances aux fins d'obtention d'un diplôme sont composés de façon à concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes¹⁶⁶³. Le Conseil constitutionnel considère que la constitutionnalité de ces dispositions tient de ce qu'elle ne fixe qu'un « objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes »¹⁶⁶⁴. Par une réserve d'interprétation, il semble ainsi faire valoir que seul le caractère non contraignant et non automatique des actions positives rend celles-ci acceptables du point de vue

accomplies certaines missions ou par la nécessité de la protection de la femme ou de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes ». Voir également l'arrêt du 7 décembre 1990, *ministère de l'Éducation nationale c/ Mme Buret*. Mais comme l'affirme Benoît Jorion, « cette formule n'a cependant pas reçu d'application positive » (JORION Benoît, « Égalité et non-discrimination en droit public français », in KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives, op. cit.*, p. 154).

¹⁶⁶¹ Cons. constit., 30 mai 2000, n° 2000-429 DC, cons. 7 : « Il est désormais loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant ».

¹⁶⁶² Cons. constit., 19 juin 2001, n° 2001-445 DC, loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, cons. 58 : « Considérant que les règles édictées pour l'établissement des listes de candidats à l'élection à des dignités, places et emplois publics autres que ceux ayant un caractère politique ne peuvent, au regard du principe d'égalité d'accès énoncé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, comporter une distinction entre candidats en raison de leur sexe ». Le Conseil constitutionnel retient ici une interprétation stricte de l'objectif d'égal accès, refuse d'admettre tout type d'action positive en faveur de l'égalité des sexes en dehors des élections politiques. Il n'a dès lors nul besoin d'examiner le caractère contraignant ou automatique de la mesure en cause pour déclarer leur inconstitutionnalité, puisqu'elle est par principe inconstitutionnelle, qu'elle soit incitative ou contraignante.

¹⁶⁶³ Articles 134 et 137 du projet de loi de modernisation sociale du 19 décembre 2001 modifiant les articles L. 335-5 et L. 613-4 du Code de l'éducation.

¹⁶⁶⁴ Cons. constit., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, loi de modernisation sociale, cons. 115.

du principe d'égalité, tel qu'énoncé à l'article 6 de la Déclaration de 1789¹⁶⁶⁵. Ainsi, le Conseil admet que le législateur puisse rechercher « une composition équilibrée entre les hommes et les femmes formant un jury dès lors que cet équilibre est recherché à mérites égaux »¹⁶⁶⁶. *A contrario*, cela signifie qu'une action positive imposée par le législateur – en dehors de la sphère politique – telle qu'une mesure de quota constituerait une atteinte au principe d'égalité, car elle conduirait à faire du sexe un critère prédominant sur celui des capacités.

537. Outre la saisine d'office, le Conseil constitutionnel se montre particulièrement actif dans cette même décision en élargissant la portée de la réserve d'interprétation à la loi du 9 mai 2001 pourtant déjà promulguée¹⁶⁶⁷. En retenant une « réserve interprétative par ricochet »¹⁶⁶⁸, le Conseil l'applique ainsi à la loi de 2001 prévoyant la prise en compte d'une proportion minimale d'un tiers de personnes de chaque sexe pour la composition des jurys de concours de la fonction publique. Or, un tel activisme de la part du Conseil constitutionnel, quant à l'interprétation de l'étendue de propre pouvoir de contrôle issu de l'article 62-2 de la Constitution, n'a pas été sans conséquence sur la faculté des pouvoirs publics de mettre en place des actions positives en faveur de l'égalité des sexes : au moins deux manifestations des effets de cette décision peuvent être relevées. D'une part, l'élargissement du pouvoir de contrôle du Conseil a eu pour effet de limiter – sans pour autant le censurer¹⁶⁶⁹ – le dispositif contraignant mis initialement en place dans la loi de 2001. Celui-ci a ainsi été réduit à un simple objectif non contraignant destiné à préserver la prise en compte du critère de la capacité dans la composition des jurys de concours.

538. D'autre part et de façon subséquente, les autorités chargées de l'application de la loi de 2001 ont pris en compte les exigences contenues dans la réserve d'interprétation de la décision de

¹⁶⁶⁵ Il affirme en effet explicitement que ces dispositions, ainsi formulées, « ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution de ces jurys, la considération du genre sur celles des compétences, des aptitudes et des qualifications. Que sous cette réserve, les articles 134 et 137 n'appellent aucune critique quant à leur conformité à la Constitution » (décision précitée, cons. 115).

¹⁶⁶⁶ Conclusions du commissaire du gouvernement Terry Olson (CE, 22 juin 2007, *Lesourd*), n° 288206.

¹⁶⁶⁷ DI MANNO Thierry, « Les quotas par sexe dans les jurys de concours et l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2003, p. 820. L'auteur rappelle que le contrôle de constitutionnalité des lois promulguées avait déjà été exercé par le Conseil dans sa décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 sur l'État d'urgence en Nouvelle-Calédonie, mais qu'il est élargi dans la décision de 2002, car le contrôle n'est plus seulement exercé sur une seconde loi formellement liée à la loi contrôlée (qui « la modifie, la complète ou affecte son domaine »), mais aussi sur une loi ancienne qui est reprise sur le fond par une loi nouvelle. Voir également : FAVOREU Louis, « L'inconstitutionnalité des quotas par sexe (sauf pour les élections politiques) », *AJDA*, 2003, 313 ; SCHOETTL Jean-Éric, « La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel », *Petites affiches*, n° 15, 21 janvier 2002, p. 3.

¹⁶⁶⁸ Conclusions du commissaire du gouvernement Terry Olson précitées : « Sous ce terme balistique, nous désignerons par commodité de langage une réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel, non pas destinée à encadrer l'application d'une disposition dont il est saisi et de lui donner une portée conforme à la Constitution, mais qui vise une disposition déjà entrée en vigueur, insérée dans une loi dont il n'a pas été saisi *a priori* en temps voulu mais dont il se saisit ultérieurement alors qu'il a à se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition similaire ».

¹⁶⁶⁹ CASSIA Paul, « La légalité des quotas par sexe (sauf pour les jurys des concours d'agrégation de l'enseignement supérieur) », *AJDA*, 2003, p. 825.

2002, en veillant, sous le contrôle du juge ordinaire¹⁶⁷⁰, à ne pas introduire des actions positives contraignantes¹⁶⁷¹. En ce sens, le projet de décret de 2002 relatif à la désignation des membres des jurys et des comités de sélection constitués pour le recrutement de fonctionnaires a été modifié en vue de prendre en compte les exigences de la loi de 2001 telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel en 2002¹⁶⁷². En effet, l'énoncé du projet de décret prévoyait à l'origine, à l'instar de l'énoncé de la loi de 2001, que les jurys de concours devaient être composés d'une proportion d'un tiers de chaque sexe ; il instaurait donc des quotas par sexe automatiques et contraignants. Or, après consultation de la section des finances du Conseil d'État, il s'est avéré que cette disposition « méconnaissait, en raison de l'automatisme qu'elle impliquait, la réserve de constitutionnalité précédemment mentionnée »¹⁶⁷³. Le décret, dans sa rédaction finale, énonce par conséquent que : « L'administration chargée de l'organisation du concours doit respecter une proportion minimale d'un tiers de personnes de chaque sexe justifiant des compétences nécessaires »¹⁶⁷⁴. L'ajout de la condition des « compétences nécessaires » permet dès lors de préserver l'exigence méritocratique prévue par le principe d'égalité de l'article 6 de la Déclaration de 1789, car la considération du sexe devient alors un critère secondaire par rapport à celui de la capacité. Ainsi, contrairement à la rédaction initiale du décret qui prévoyait une obligation de résultat, en faisant de la proportion d'un tiers « une formalité substantielle, dont le non-respect viciait les opérations de concours », la rédaction finale du décret fait place à une simple obligation de moyens, en indiquant « explicitement que la règle du tiers s'entend sous réserve que la désignation s'effectue à mérites égaux »¹⁶⁷⁵. C'est ici davantage le caractère automatique du dispositif que son caractère contraignant qui semblait ici poser problème au regard de l'égalité méritocratique.

539. La question du caractère contraignant des dispositions du décret – et de leur compatibilité avec l'égalité méritocratique – a toutefois resurgi lors d'un contrôle de légalité exercé par le Conseil d'État. Dans l'affaire *Lesourd* du 22 juin 2007, le Conseil d'État a jugé que le décret du 3

¹⁶⁷⁰ La portée même des dispositions de la loi de 2001 s'est ainsi trouvée aisément limitée, le Conseil d'État estimant que ces dispositions n'étaient pas assez précises pour que quiconque puisse s'y appuyer, pour en contester la méconnaissance, en l'absence de décret d'application (CE, 18 octobre 2002, *Catsiapis*, n° 242896, à propos du premier concours national d'agrégation de l'enseignement supérieur pour le recrutement de professeurs des universités en droit public).

¹⁶⁷¹ DI MANNO Thierry, « Les quotas par sexe dans les jurys de concours et l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 820.

¹⁶⁷² CASSIA Paul, « La légalité des quotas par sexe (sauf pour les jurys des concours d'agrégation de l'enseignement supérieur) », *op. cit.*, p. 825.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, p. 825.

¹⁶⁷⁴ Article 1^{er} du décret n° 2002-766 du 3 mai 2002 relatif aux modalités de désignation, par l'administration, dans la fonction publique de l'État, des membres des jurys et des comités de sélection et de ses représentants au sein des organismes consultatifs (abrogé par le décret n° 2013-908 du 10 octobre 2013).

¹⁶⁷⁵ CASSIA Paul, « La légalité des quotas par sexe (sauf pour les jurys des concours d'agrégation de l'enseignement supérieur) », *op. cit.*, p. 825.

mai 2002 était légal tant qu'il n'imposait pas d'action positive contraignante pour la composition des jurys de concours¹⁶⁷⁶. Mais par un raisonnement en deux temps, le Conseil d'État choisit d'adopter une « interprétation neutralisante » à la fois des dispositions de la loi de 2001, ainsi que de l'action positive contenue dans le décret, en refusant d'admettre leur caractère contraignant. Il renvoie ainsi, dans un premier temps, à la réserve d'interprétation dégagée par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2002, en jugeant que les dispositions de la loi de 2001 « doivent être interprétées comme ne fixant qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes qui ne sauraient faire prévaloir, lors de la composition des jurys, la considération du sexe sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications »¹⁶⁷⁷. En ce sens, le commissaire du gouvernement estime que le Conseil d'État n'est certes pas lié par l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel, mais qu'il est néanmoins préférable, afin d'assurer une cohésion et une cohérence de l'ordre juridique¹⁶⁷⁸, de « donner une interprétation constitutionnellement correcte de la loi » en « la vidant de son venin »¹⁶⁷⁹ – le « venin » étant ici le caractère contraignant des mesures de quotas fixés par la loi de 2001. En somme, en se retranchant derrière la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel – alors même que, selon certains auteurs, il était libre de ne pas le faire¹⁶⁸⁰ – le Conseil d'État adopte l'interprétation selon laquelle les dispositions de la loi de 2001 ne fixent qu'un simple objectif de représentation équilibrée qui ne s'impose pas à l'administration.

540. Puis, dans un second temps, le Conseil d'État juge que le décret n'impose pas non plus à l'administration un quota contraignant d'un tiers de personnes de chaque sexe¹⁶⁸¹. Dès lors, l'administration chargée de l'organisation du jury de concours des maîtres-assistants dans les écoles d'architectures n'était pas dans l'obligation de respecter la mesure de quota prévue par le décret de 2002, mais seulement l'objectif de représentation équilibrée, dont l'irrespect est moins aisément rapporté par le requérant¹⁶⁸². La solution retenue par le Conseil d'État diffère sur ce point de celle proposée par le commissaire de gouvernement Olson. Celui-ci appelle les juges à

¹⁶⁷⁶ CE, 11 juin 2007, *Lesourd*, n° 288206. En l'espèce, le requérant demandait l'annulation des résultats du concours pour le recrutement des maîtres-assistants dans les écoles d'architectures, notamment sur le fondement de l'irrégularité de ce concours au regard des dispositions du décret de 2002 relatifs au quota par sexe. L'irrespect de ces dispositions était en effet manifeste, puisque le jury de quatorze membres ne comprenait que deux femmes, alors que l'application du décret aurait exigé une présence d'au moins cinq femmes, et au plus de neuf hommes.

¹⁶⁷⁷ Arrêt n° 288206 précité.

¹⁶⁷⁸ Conclusions du commissaire du gouvernement Terry Olson précitées : « Tous les juges œuvrent en commun notamment au respect des droits et libertés constitutionnellement garantis ».

¹⁶⁷⁹ Conclusions du commissaire du gouvernement Terry Olson précitées.

¹⁶⁸⁰ LICHÈRE François, VIALA Alexandre, « La légalité des quotas par sexe (pour certains jurys de concours) », *AJDA*, 2003, p. 817.

¹⁶⁸¹ Arrêt *Lesourd* précité. Le décret ne saurait avoir « pour effet de fixer, pour la composition des jurys, une proportion de personnes de chaque sexe qui s'imposerait à peine d'irrégularité des concours ».

¹⁶⁸² Le Conseil d'État juge du reste qu'il « ne ressort pas des pièces du dossier que l'objectif de représentation équilibrée n'ait pas en l'espèce été pris en considération, le moyen tiré de l'irrégularité de la composition du jury ne peut, par la suite, qu'être écarté ».

écarter le décret, dont le caractère contraignant apparaît manifestement dans l'énoncé du texte et conduisant, selon lui, à une « discrimination positive » attentatoire au principe d'égalité¹⁶⁸³. Au contraire, le Conseil d'État choisit plutôt, à l'instar du Conseil constitutionnel en 2002, de retenir une « interprétation neutralisante » des dispositions du décret en supprimant leur caractère contraignant. En d'autres termes, il admet la légalité des dispositions du décret par rapport à la loi de 2001, en adaptant celles-ci à l'exigence de l'égalité méritocratique. Ainsi, pour reprendre les mots employés par Terry Olson, cette solution, en neutralisant le « venin » des actions positives, « ouvre la voie à un paritarisme raisonnable, à la parité du possible »¹⁶⁸⁴. Une telle « interprétation neutralisante » a été réitérée par le Conseil d'État, notamment dans l'arrêt *Marchand* de 2011¹⁶⁸⁵, arrêt d'autant plus notable qu'il est postérieur à la réforme constitutionnelle de 2008 qui a pourtant étendu l'objectif d'égal accès aux responsabilités professionnelles et sociales – après donc, que le constituant ait expressément manifesté sa volonté d'élargir la dynamique paritaire¹⁶⁸⁶.

541. Toutefois, le Conseil constitutionnel s'est départi en 2006 d'une telle « interprétation neutralisante » – qui lui avait tout de même permis en 2002 d'admettre les actions positives, tout en restreignant leur portée au cadre de l'égalité méritocratique – pour retenir une approche plus radicale et donc moins favorable encore aux actions positives. En effet, dans sa décision du 16 mars 2006 relative à la loi sur l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, le Conseil constitutionnel censure directement les mesures de quotas contraignantes adoptées par le législateur pour favoriser l'accès des femmes aux instances délibératives des entreprises¹⁶⁸⁷, en censurant explicitement le caractère contraignant de ces actions positives¹⁶⁸⁸. Il rappelle ainsi que les actions positives contraignantes portent atteinte à l'égalité méritocratique, car elles font

¹⁶⁸³ Conclusions du commissaire du gouvernement Terry Olson précitées : « Le décret de 2002 est inapplicable parce qu'ayant été pris en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ».

¹⁶⁸⁴ Ibid.

¹⁶⁸⁵ CE, 16 mars 2011, *Marchand*, n° 337265. Le Conseil d'État a ainsi écarté la demande du requérant, qui souhaitait l'annulation du décret ayant prononcé sa révocation de sa fonction de commissaire de police, en arguant que la composition de la commission administrative paritaire siégeant en conseil de discipline à l'origine de sa sanction méconnaissait la mesure de quota prévue par le décret de 2002. Voir également CE, 9 mars 2009, *Jean A.*, n° 312542, à propos du second concours d'agrégation de droit public de 2007 et CE, 15 février 2012, *Abdelsalem A.*, n° 353970, à propos du concours professionnel pour l'accès au grade de premier surveillant des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire pour 2008.

¹⁶⁸⁶ La réforme constitutionnelle de 2008 n'aurait certes pas pu s'appliquer au décret de 2002 sans méconnaître le principe de non-rétroactivité. Il n'empêche que le Conseil d'État conserve une interprétation limitée de l'objectif d'égal accès, en faisant fi de la volonté du constituant d'élargir la dynamique paritaire.

¹⁶⁸⁷ Les articles 21 à 26 du projet de loi imposaient en effet notamment la mise en place, dans un délai de cinq ans, de quotas de 20 % de personnes de même sexe dans divers organismes des entreprises, en particulier parmi les membres des conseils d'administration et de surveillance des entreprises (voir par exemple, la disposition de l'article 22 du projet de loi adopté le 23 février 2006 : « Le conseil d'administration est composé en recherchant une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes. Il comprend un nombre de représentants de chacun des deux sexes ne pouvant être supérieur à 80 % et au moins un représentant de chaque sexe lorsque le nombre total des membres est inférieur à cinq »). De même, s'agissant des élections des représentants des salariés ou des conseillers prud'homains, la loi imposait que les listes de candidats respectent la proportion d'hommes et de femmes présents dans les collèges électoraux (article 21 du projet de loi adopté le 23 février 2006).

¹⁶⁸⁸ Cons. constit., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, cons. 15.

«prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune»¹⁶⁸⁹. Néanmoins, il convient de souligner que le Conseil constitutionnel ne fonde pas sa décision uniquement sur le principe général d'égalité, mais également – et pour la première fois – sur l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 relatif à l'égalité des sexes¹⁶⁹⁰. Aussi l'égalité des sexes est-elle clairement interprétée comme une exigence d'indifférenciation entre les sexes – et non comme nécessitant la différenciation en vue de l'égalité de fait – permettant de garantir la seule distinction des membres des organes dirigeants et consultatifs des entreprises sur les capacités. Les commentateurs de la décision ont d'ailleurs dans le même sens souligné le caractère discriminatoire de ces actions positives contraignantes¹⁶⁹¹. En tout état de cause, le Conseil constitutionnel ne se contente pas, comme en 2002, de réduire la portée des dispositions législatives contenant des actions positives par une réserve d'interprétation; de façon plus radicale, il censure les mécanismes contraignants – les « discriminations positives » – qui sortent du cadre de l'égalité méritocratique¹⁶⁹². Le contraste entre la légitimité des actions positives incitatives et l'illégitimité des discriminations positives contraignante est d'autant plus significatif que, dans cette même décision, le Conseil constitutionnel approuve précisément des mécanismes purement incitatifs¹⁶⁹³, en réitérant toutefois la réserve d'interprétation de 2002¹⁶⁹⁴.

542. Si la portée de la décision de 2006 a été limitée par la réforme constitutionnelle de 2008, qui a complété la disposition constitutionnelle relative à la parité, pour y ajouter l'objectif d'égal accès aux responsabilités professionnelles et sociales¹⁶⁹⁵, elle n'a pas été totalement neutralisée. En effet, la solution dégagée par le Conseil constitutionnel visant à censurer les actions positives contraignantes a été mobilisée de nouveau par le Conseil d'État dans les affaires de 2013 relatives

¹⁶⁸⁹ Décision n° 2006-533 DC précitée, cons. 15.

¹⁶⁹⁰ Décision n° 2006-533 DC précitée, cons. 12. Voir MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « La parité n'est pas l'égalité... Brèves remarques sur les limites aux discriminations positives », *op. cit.*, p. 873 : « Le Conseil constitutionnel a mis en évidence de manière très nette que la parité ne se confond pas avec l'égalité. Pour ce faire, il a solidement étayé son argumentation en remontant aux sources du principe d'égalité et, singulièrement, du principe d'égalité entre les sexes ».

¹⁶⁹¹ Commentaire de la décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, URL : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2006533DCccc_533dc.pdf.

¹⁶⁹² SWEENEY Morgan, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 87.

¹⁶⁹³ Article 27 à 29 du projet de loi adopté le 23 février 2006. Ces dispositions introduisent des mécanismes simplement incitatifs qui ne dépassent pas le cadre de l'égalité méritocratique, en ajoutant par exemple dans le Code de l'éducation et dans le Code du travail que les organismes de formation favorisent « un accès équilibré des femmes et des hommes aux différentes filières de formation ».

¹⁶⁹⁴ Décision n° 2006-533 DC précitée, cons. 18. Le Conseil rappelle que la prise en compte de l'objectif d'accès équilibré ne doit pas conduire à faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités.

¹⁶⁹⁵ Article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, complétant l'article 1^{er} de la Constitution : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». La réforme a ainsi constitué un second « lit de justice » constitutionnel permettant désormais au législateur d'adopter des actions positives incitatives ou contraignantes en dehors de la sphère politique.

à la parité dans les chambres d'agriculture et dans les fédérations sportives¹⁶⁹⁶. Le Conseil d'État juge que les actions positives adoptées par le pouvoir réglementaire avant 2008 sont contraires au principe d'égalité en raison de leur caractère contraignant¹⁶⁹⁷. Par ailleurs, même s'agissant de mesures contraignantes adoptées après la réforme de 2008 – et autorisées en principe par celle-ci – il semble là encore que l'opération de « conciliation » menée par les juges entre d'une part, le principe d'égalité et d'autre part, l'objectif d'égal accès, ne les conduise à admettre les actions positives uniquement lorsque la prise en compte du critère sexe intervient à compétences égales¹⁶⁹⁸.

543. Le raisonnement des juges français et européens établit donc bien une hiérarchie axiologique entre, d'une part, le principe d'égalité et, d'autre part, les actions positives tendant à l'égalité de fait entre les femmes et les hommes, dans le but de préserver une conception de l'égalité fondée sur les compétences, les capacités et le mérite. En somme, la différenciation fondée sur le sexe est autorisée lorsqu'elle vise à rétablir, dans une logique libérale, les mêmes chances et non lorsqu'elle tend à garantir, dans une logique redistributive, la réalisation effective de ces chances par la garantie concrète des droits¹⁶⁹⁹. Or, certains auteurs ont fait valoir que la promotion de l'égalité des chances contribuait à la reproduction des inégalités réelles, notamment car elle ne permettait pas de remettre en cause les mécanismes structurels des discriminations¹⁷⁰⁰. Par exemple, de tels dispositifs invitent à prioriser l'accès des femmes à certaines fonctions en cas de qualifications égales avec les hommes, mais ne permettent pas de lutter contre les causes qui entraînent une moindre qualification des femmes pour ces fonctions – et notamment le fait que les femmes interrompent plus souvent leur carrière que les hommes pour prendre en charge le soin des enfants.

544. Plus généralement, il semble que la promotion par le droit d'un droit individuel à la non-discrimination imposant à l'État et à certains acteurs sociaux de ne pas prendre en compte

¹⁶⁹⁶ CE, Ass., 7 mai 2013, *Fédération CFTC et l'agriculture*, n° 362280 ; CE, 10 octobre 2013, *Fédération française de gymnastique*, n° 359219. Ainsi le juge administratif renvoie-t-il à l'interprétation faite en 2006 par le Conseil constitutionnel du principe d'égalité, entendu comme « interdisant de faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune ».

¹⁶⁹⁷ CE, 10 octobre 2013, *Fédération française de gymnastique*, n° 359219. Ces mesures « ne se bornent pas à fixer un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes au sein des instances dirigeantes des fédérations agréées, mais imposent le respect d'une proportion déterminée entre les hommes et les femmes au sein de ces instances, précisément fixée en proportion du nombre de licenciés de chaque sexe ».

¹⁶⁹⁸ Dans l'affaire de 2013 relative à la parité dans les chambres d'agriculture, la question du respect de l'égalité méritocratique par les actions positives mises en place par le pouvoir réglementaire – à savoir ici, la présence d'au moins un candidat de chaque sexe par tranche de trois candidats sur les listes pour les élections aux chambres d'agriculture – n'est pas examinée par le juge, celui-ci ayant conclu à l'incompétence du pouvoir réglementaire pour adopter de telles actions positives.

¹⁶⁹⁹ KOUBI Geneviève, « Vers l'égalité des chances : quelles chances pour le droit ? », in KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, op. cit., p. 84.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 83 ; POIRMEUR Yves, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, op. cit., p. 94 : « Si le jeu de l'égalité rend à chacun certaines chances et doit limiter normalement le rôle de certains déterminismes, le jeu de la chance ainsi ouvert ne peut que réintroduire des inégalités [...]. Elle laisserait alors jouer librement, dans la production des inégalités, la méritocratie, c'est-à-dire la sélection par "l'intelligence" ».

d'autres critères que celui des capacités, ait abouti dans le passé à privilégier l'abstention de l'État dans la lutte contre les inégalités de fait plutôt qu'une intervention de celui-ci par la prise en compte de la différence des sexes pour remédier aux inégalités de fait. Toutefois, l'état actuel du droit français montre que « l'égalité ne saurait se réduire aujourd'hui à la conception de l'égalité héritée de l'individualisme libéral »¹⁷⁰¹. Le législateur tend en effet aujourd'hui à se départir d'une approche des actions positives limitées au cadre de l'égalité des chances, notamment par l'adoption croissante de mécanismes visant une égalité de résultat. Dès lors, la différenciation fondée sur le sexe apparaît dans la loi de plus en plus comme un moyen légitime d'atteindre l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, et moins comme une simple dérogation au principe d'égalité.

B. L'action du législateur, entre égalité des chances et égalité réelle

545. Si les parlementaires – et en particulier les sénateurs – se sont souvent montrés réticents à adopter des actions positives dépassant le strict cadre de l'égalité des chances, la loi tend davantage, en particulier depuis la réforme constitutionnelle de 2008, à une approche des actions positives davantage orientée vers une égalité de résultat. En effet, un nombre croissant de dispositifs législatifs sont venus avantager les personnes du sexe sous-représenté – majoritairement les femmes – dans une logique distributive, en leur garantissant, par des actions positives contraignantes faisant prévaloir le critère du sexe sur celui de la compétence, un accès prioritaire à certaines fonctions. Ainsi, ces dispositifs législatifs semblent appréhender la différenciation entre les sexes non plus comme une simple dérogation au principe d'égalité, mais bien comme un moyen de parvenir à l'égalité réelle.

546. Toutefois, il convient de relativiser le potentiel de ces mécanismes pour atteindre une égalité de résultat. D'une part, ces mesures ne visent que l'égalité « présence » et se révèle inefficaces pour d'atteindre les causes structurelles des inégalités¹⁷⁰². D'autre part, elles apparaissent pour beaucoup inefficaces s'agissant de l'accès des femmes aux lieux de pouvoir les plus importants¹⁷⁰³. Il convient à ce stade de se concentrer sur le second point en montrant que les résistances parlementaires ont conduit à l'adoption de mécanismes qui, s'ils visent bien une égalité de résultat, sont encore limités.

¹⁷⁰¹ LANQUETIN Marie-Thérèse, « De l'égalité des chances », *op. cit.*, p. 494.

¹⁷⁰² Cf. partie II, titre I.

¹⁷⁰³ Les fonctions de pouvoir où s'opère la résistance à l'égalité des sexes concernent plus précisément les fonctions d'encadrement, les fonctions de direction dans la fonction publique ou dans les entreprises privées, ou encore les fonctions de représentation au niveau politique ou au niveau professionnel ; ce sont en tout état de cause des fonctions décisionnelles et d'autorité. En outre, les instances jouant un rôle dans la sélection ou le recrutement pour l'accès à ces fonctions décisionnelles peuvent elles-mêmes être considérées comme des lieux de pouvoir, à l'instar des jurys de concours de la fonction publique.

547. **Les résistances parlementaires quant à l'adoption d'actions positives contraignantes.** Les parlementaires – et notamment les sénateurs – ont pu faire part de leur réticence – voire de leur hostilité – à la mise en place d'actions positives contraignantes dépassant le cadre de l'égalité des chances, et ce en dépit de la faculté offerte par la Constitution d'adopter des mesures incitatives ou contraignantes en matière de parité¹⁷⁰⁴. Parmi divers exemples¹⁷⁰⁵, on peut retenir les débats concernant la première loi tendant à « favoriser » – et non à « assurer » – l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, qui ont été l'occasion pour les sénateurs de faire part de leur refus d'adopter des dispositifs trop contraignants¹⁷⁰⁶.

548. De surcroît, les mesures de quotas garantissant directement l'accès à des fonctions ont souvent été assimilées à des discriminations positives illégitimes, en particulier s'agissant de l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales. Déjà, le rapport présenté en 1999 par Anne-Marie Colmou au ministre de la Fonction publique, bien que favorable à l'égalité des sexes dans les fonctions d'encadrement et les postes de responsabilité de la fonction publique, ne considère pas les mesures de quotas comme des moyens acceptables de tendre à ce but¹⁷⁰⁷. Le rapport privilégie ainsi d'autres moyens relevant davantage du paradigme de l'égalité des chances, comme l'éducation, la féminisation des jurys de concours ou encore la constitution de « vivier » de candidatures féminines. Par conséquent, « des mesures non contraignantes relevant de la *soft Law* ont été privilégiées à travers la circulaire du 6 mars 2000 » qui incitait simplement, sans résultat marquant, les ministères à fixer « un taux de féminisation à atteindre pour chaque catégorie d'emplois et de fonctions de direction et d'encadrement »¹⁷⁰⁸. En revanche, « cette approche exclut le choix d'une solution radicale imposant réglementairement

¹⁷⁰⁴ Cons. constit., 30 mai 2000, n° 2000-429 DC, loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, cons. 7.

¹⁷⁰⁵ De même, les sénateurs se sont opposés à l'extension de ce dispositif paritaire aux communes de moins de 3500 habitants, en raison de l'atteinte portée « au droit de panachage reconnu aux électeurs de ces communes depuis la loi de 1884, expression la plus directe de la démocratie » (CABANEL Guy, Rapport n° 231 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, 23 février 2000 au Sénat). Cette disposition a d'ailleurs été censurée par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi dans la décision du 30 mai 2000 pour des motifs de forme (décision n° 2000-429 DC précitée, cons. 21). Les sénateurs se sont également opposés par deux fois, le 18 janvier 2013 et le 15 avril 2013, au projet de loi introduisant le scrutin binominal pour les élections départementales, rejetant ainsi l'idée d'un binôme paritaire constitué d'un homme et d'une femme, et par là, de façon plus générale, à la mixité sexuée au sein des mandats politiques (voir par exemple l'intervention d'Hervé Maurey lors de la séance du 17 janvier 2013 au Sénat, p. 185).

¹⁷⁰⁶ Plus précisément, si les sénateurs se sont montrés favorables à l'adoption de dispositifs visant à inciter les partis politiques à présenter des candidatures féminines aux élections, ils ont en revanche refusé d'imposer, pour les élections au scrutin de liste, une composition des listes comprenant alternativement un candidat de chaque sexe, ou même un nombre égal de candidats de chaque sexe par tranche de six candidats (voir CABANEL Guy, Rapport n° 231 précité).

¹⁷⁰⁷ COLMOU Anne-Marie, *L'encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes. Quels obstacles ? Quelles solutions ?*, Rapport présenté au ministre de la Fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation, février 1999.

¹⁷⁰⁸ BUI-XUAN Olivia, « La mixité dans la haute fonction publique », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 553.

des quotas de recrutement de fonctionnaires de sexe féminin, solution qui ne serait pas adaptée à notre fonction publique fondée sur le principe, issu de la Déclaration des droits de l'homme, que des concours sanctionnant les mérites et talents, ouvrent les carrières de la fonction publique »¹⁷⁰⁹. L'exclusion des quotas visant une égalité de résultat dans l'accès aux postes à responsabilité est par conséquent ici explicitement fondée sur l'égalité méritocratique.

549. Ce refus des quotas a été réitéré lors des débats parlementaires relatifs à l'accès des femmes aux postes de responsabilité. Par exemple, le Sénat a rejeté l'adoption de la loi Génisson du 9 mai 2001, notamment¹⁷¹⁰ en raison du refus de l'Assemblée nationale de prévoir des « clauses de sauvegarde » visant à restreindre les dispositifs d'égal accès aux jurys de concours et aux comités de sélection¹⁷¹¹, ce qui conduisait à limiter le caractère contraignant de la mesure. Plus généralement, les sénateurs ont fait part de leur réticence à la mise en place de « discriminations positives » adoptées pour renforcer la place des femmes dans les jurys de concours de la fonction publique. En ce sens, la commission des lois du Sénat a estimé que : « Chacun, homme ou femme, a vocation à participer aux jurys de concours, au seul vu de ses mérites professionnels, et non en considération de son sexe »¹⁷¹². Ces réticences ont conduit à faire de la loi Génisson une œuvre de compromis aboutissant à limiter son ambition quant à la portée des actions positives. Par exemple, si la loi a fixé une obligation de représentation équilibrée dans la composition des jurys de concours, le législateur n'a pas été jusqu'à imposer un seuil de mixité, laissé à la libre appréciation du pouvoir réglementaire¹⁷¹³.

550. La même logique d'égalité des chances a guidé la question de l'égal accès des femmes et des hommes dans la vie professionnelle et notamment quant à l'accès des femmes à des instances représentatives et décisionnelles. Cette fois-ci, ce sont les députés qui ont refusé d'adopter la proposition faite par le Sénat visant une représentation équilibrée dans les listes de candidatures aux élections des délégués du personnel, rejetant la logique des quotas¹⁷¹⁴. De surcroît, le

¹⁷⁰⁹ COLMOU Anne-Marie, Rapport précité.

¹⁷¹⁰ Les désaccords entre l'Assemblée nationale et le Sénat portaient également sur les questions relatives au rôle de la négociation collective, l'articulation de la vie familiale et professionnelle, et surtout sur le travail de nuit.

¹⁷¹¹ La proposition de loi initiale mettait en effet en place de telles « clauses de sauvegarde », défendues par le Sénat, dans le but d'autoriser exceptionnellement les statuts particuliers organisant la composition des jurys à « prévoir que la mixité est assurée par la présence d'au moins un membre de chaque sexe » (article 17 et 18 de la proposition de loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 2 février 2000). Ces clauses de sauvegarde visaient à « tenir compte des difficultés d'application qui pourraient survenir dans certains corps dont la composition par sexe est très déséquilibrée » (avis n° 1 (2000-2001) de René Garrec, fait au nom de la commission des lois, déposé le 2 octobre 2000).

¹⁷¹² Avis n° 1 (2000-2001) de René Garrec précité.

¹⁷¹³ MONIOLLE Carole, « La représentativité des sexes dans les jurys de concours de la fonction publique », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français, op. cit.*, p. 565.

¹⁷¹⁴ Comme l'énonce le rapport de Catherine Génisson, pourtant à l'origine de la proposition de loi : « Après avoir, en première lecture, proposé une parité inapplicable, rejetée par l'Assemblée nationale, le Sénat propose, en deuxième lecture, une représentation proportionnelle des hommes et des femmes dans les listes de candidatures ce qui s'apparente à une logique de

dispositif adopté par l'Assemblée nationale concernant la représentation des hommes et des femmes dans les élections professionnelles se révèle limité, en « se contentant d'inscrire dans la loi une simple faculté d'examen de la question par les organisations syndicales intéressées, sans pour autant en préciser les moyens d'application »¹⁷¹⁵. Cette réticence quant à l'adoption de quotas contraignants s'est également manifestée lors des débats relatifs à la loi du 23 mars 2006 s'agissant de la question de la présence des femmes dans les conseils d'administration des entreprises. En effet, si les sénateurs se sont montrés plutôt enclins à renforcer les dispositifs d'égal accès dans les comités d'entreprise et parmi les délégués du personnel, ils se sont en revanche montrés clairement défavorables à la mise en place de quotas par sexe obligatoires pour composer à parité les conseils administration des entreprises¹⁷¹⁶. Il convient de souligner que la résistance par rapport aux mesures de quota se donne ici particulièrement à voir s'agissant de l'accès des femmes aux lieux de pouvoir les plus importants de l'entreprise – les conseils d'administration et de surveillance. Si le texte final a certes intégré un objectif sous forme de quotas, la résistance des sénateurs¹⁷¹⁷ a toutefois fini par recevoir un écho au moment du contrôle de constitutionnalité de la loi le 16 mars 2006, le Conseil constitutionnel ayant censuré les dispositifs contraignants¹⁷¹⁸.

551. Ces exemples montrent qu'en dépit de l'adoption *in fine* de mécanismes législatifs visant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions politiques et responsabilités professionnelles, les parlementaires ont de façon constante manifesté leur réticence à l'adoption d'actions positives contraignantes visant une égalité de résultat. Une manifestation supplémentaire de cette résistance réside dans le refus des parlementaires, lors des débats sur la loi constitutionnelle de 2008 portant extension de la parité aux responsabilités professionnelles et sociales, d'adopter l'amendement proposé par certains sénateurs pour remplacer l'expression « favorise l'égal accès » par les termes « assure l'égal accès »¹⁷¹⁹. Pour la sénatrice Alima

quota difficilement acceptable. La rapporteure propose donc de supprimer cet article » (GÉNISSON Catherine, Rapport fait au nom des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 janvier 2001, p. 14).

¹⁷¹⁵ BOCANDÉ Annick, Rapport n° 251 (2000-2001) de fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, déposé le 4 avril 2001 au Sénat, p. 7. L'article 13 du texte définitif énonce ainsi, dans une formulation peu contraignante, qu'à « l'occasion de l'élaboration du protocole d'accord préélectoral visé ci-dessus, les organisations syndicales intéressées examinent les voies et moyens en vue d'atteindre une représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidatures ».

¹⁷¹⁶ SITTLER Esther, Rapport n° 435 (2004-2005) fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, déposé le 29 juin 2005 au Sénat, p. 79.

¹⁷¹⁷ Le rapport du Sénat préconisait ainsi de supprimer l'obligation chiffrée pour adopter un principe plus souple de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes aux conseils d'administration et de surveillance (SITTLER Esther, Rapport précité, p. 80).

¹⁷¹⁸ Décision n° 2006-533 DC précitée, cons. 16.

¹⁷¹⁹ Sous-amendement n° 156 présenté par Mmes Borvo Cohen-Seat, Assassi, Mathon-Poinat et les membres du groupe Communiste Républicain et Citoyen ; sous-amendement n° 349 déposé par Mmes Boumediene-Thiery, Blandin et Voynet, MM. Desessard et Muller.

Boumediene-Thiery, figurant parmi les instigateurs de ce changement sémantique, il convenait « d’instaurer une obligation positive d’assurer l’égalité entre les femmes et les hommes. En fait, dans ce domaine, il s’agit non pas d’une obligation de moyen, mais d’une obligation de résultat »¹⁷²⁰. Mais les sénateurs se sont majoritairement montrés hostiles à une telle modification, qui aurait selon eux obligé le législateur à prendre des mesures contraignantes afin d’imposer une égalité de résultat. Certains ont été jusqu’à demander la suppression de l’amendement visant l’introduction de l’objectif d’égal accès aux responsabilités professionnelles et sociales à l’article 1^{er} de la Constitution¹⁷²¹, craignant l’instauration d’une politique de « discrimination positive » contraire à l’égalité des sexes conçue comme une exigence d’indifférenciation¹⁷²². La réticence des sénateurs à l’instauration n’a certes pas suffi à l’élargissement de l’objectif d’égal accès, mais elle l’a néanmoins conduit à faire œuvre de compromis en conservant le caractère facultatif des actions positives.

552. Ceci étant, ces résistances parlementaires n’ont pas suffi à repousser la dynamique paritaire qui s’est accrue au fil des réformes législatives. En effet, les actions positives sous forme de quotas contraignants ont de moins en moins été considérées comme des atteintes au principe d’égalité et davantage comme des moyens de réalisation d’une égalité de résultat.

553. **Une évolution vers un objectif d’égalité réelle.** Plusieurs indices permettent d’affirmer que le législateur a progressivement orienté sa politique relative à l’égalité des sexes vers une égalité de résultat, assumant ainsi l’égalité « dans la différence »¹⁷²³. En premier lieu, la logique paritaire a connu une extension considérable d’abord au sein même des fonctions politiques puis, en dehors de celles-ci, aux responsabilités professionnelles et sociales. S’agissant des fonctions politiques, l’extension de la parité s’est manifestée à travers, d’une part, l’élargissement des élections au scrutin de liste concernées par l’obligation de parité¹⁷²⁴ et d’autre part, la

¹⁷²⁰ Débats parlementaires, séance du 18 juin 2008 au Sénat, p. 2927.

¹⁷²¹ Amendement n° 95 présenté par Jean-Jacques Hyest au nom de la Commission des lois : « L’article 1^{er} de la Constitution [...] est complété par un alinéa ainsi rédigé : “La loi favorise l’égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu’aux responsabilités professionnelles et sociales”. En conséquence, le dernier alinéa de l’article 3 de la Constitution est supprimé ». Cet amendement inscrit donc l’objectif d’égal accès à l’article 1^{er} de la Constitution énonçant les principes de la République française et non pas à l’article 34 de la Constitution relatif aux domaines de compétence du législateur, comme l’avait décidé l’Assemblée nationale en première lecture.

¹⁷²² Voir l’intervention de Muguette Dini lors de la séance du 18 juin 2008 au Sénat, p. 2926.

¹⁷²³ SÉNAC Réjane, « L’institutionnalisation d’une égalité dans la différence : parité, diversité, intersectionnalité », 12^e congrès de l’Association française de science politique (AFSP), section thématique 65 : *Des politiques de l’intersectionnalité : un regard comparatif sur l’institutionnalisation du traitement des discriminations multiples en Europe*, Paris, Sciences Po, juillet 2013, URL : <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-00972735/document>.

¹⁷²⁴ Un dispositif législatif est venu étendre la portée de la loi du 6 juin 2000, qui imposait déjà la parité pour les élections au scrutin de liste – à savoir, plus précisément une alternance entre un candidat et une candidate pour les élections sénatoriales à la représentation proportionnelle et pour les élections européennes, et une parité par tranche de six candidats pour les élections municipales, régionales et à l’Assemblée de Corse (loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l’égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives). Ainsi, la loi du 10 juillet 2000 a élargi les élections au scrutin de liste – et par là même l’obligation de parité – aux départements élisant trois sénateurs et plus et non plus seulement aux

multiplication de la règle de l'alternance entre candidats masculins et candidats féminins sur les listes¹⁷²⁵. La loi de 2013 a été jusqu'à mettre en place un nouveau type de scrutin destiné à pallier les insuffisances du scrutin uninominal pour remplir l'objectif de parité – qui, par définition, ne peut permettre l'accession paritaire aux fonctions concernées à la fois à un candidat masculin et à un candidat féminin. L'adoption du scrutin binominal pour les élections départementales impose ainsi aux électeurs, depuis les élections de 2015, de choisir non pas un seul conseiller départemental, mais un binôme comprenant un élu et une élue. Par conséquent, en dépit des oppositions auxquelles se sont heurtées ces réformes, elles sont le signe d'une évolution témoignant d'un réel changement de paradigme dans la manière d'appréhender les actions positives, dans une perspective d'égalité réelle ou de résultat. En effet, bien que la règle de parité ne concerne que les candidatures et non pas les fonctions, la règle de la stricte alternance imposée pour les élections au scrutin de liste a tout de même conduit à une parité effective au sein des fonctions concernées.

554. L'élargissement de la logique paritaire au sein du domaine politique s'est accompagné d'une extension de l'objectif d'égal accès à la sphère professionnelle et sociale – dynamique visible également, dans une moindre mesure, en droit européen¹⁷²⁶ –, depuis la révision constitutionnelle de 2008. Le déplacement de l'objectif d'égal accès de l'article 3 de la Constitution relatif à la représentation nationale, à l'article 1^{er} qui définit les principes et valeurs de la République française, n'est du reste pas anodin de ce point de vue. Le constituant et législateur s'éloignent, ce faisant, d'une acception de la parité liée à une redéfinition de la

départements élisant cinq sénateurs et plus (loi n° 2000-641 du 10 juillet 2000 relative à l'élection des sénateurs). L'apport de cette réforme doit toutefois être relativisé, dans le sens où la loi n° 2003-697 du 30 juillet 2003 a de nouveau restreint le champ des départements – ceux élisant quatre sénateurs et plus – pour lesquels les élections ont lieu au scrutin de liste concerné par l'obligation de parité. La loi du 17 mai 2013 prévoit en revanche désormais que les communes de plus de 1000 habitants – et non plus seulement celles de plus de 3500 habitants – sont concernées par les élections municipales au scrutin de liste pour lesquelles la parité s'impose (loi organique n° 2013-402 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers municipaux, des conseillers communautaires et des conseillers départementaux).

¹⁷²⁵ Le législateur est ainsi revenu sur le droit de panachage des électeurs, qui leur permettait d'ajouter un candidat, de changer l'ordre des listes, de refuser un candidat ou de mélanger les candidats de différentes listes, ce qui ne favorisait pas la mise en œuvre de la parité (MILLARD Éric, « Constituting Women. The French Ways », *op. cit.*, p. 139). La règle de la stricte alternance entre un candidat masculin et un candidat féminin (principe des listes dites « chabada ») a été étendue par la loi du 11 avril 2003 aux élections régionales au Parlement européen (loi n° 2003-327 du 11 avril 2003) et par celle du 18 décembre 2003 aux élections à l'Assemblée de Corse (loi n° 2003-1201 du 18 décembre 2003). Cette règle est en effet plus favorable à l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions électives, car elle conduit à éviter la pratique qui consisterait à placer trois hommes en tête des tranches de six candidats sur les listes électorales, et à favoriser ainsi l'élection de ces derniers. La loi du 31 janvier 2007 a ainsi fait de la règle de la stricte alternance un principe pour toutes les élections au scrutin de liste, et notamment pour les exécutifs des régions et des communes de plus de 3500 habitants – les adjoints élus par les conseils municipaux, les membres de la commission permanente des conseils régionaux, ainsi que les vice-présidents des conseils régionaux (loi n° 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives).

¹⁷²⁶ La Commission a adopté le 14 novembre 2012 une proposition de directive fixant un objectif minimal de 40 % de membres du sexe sous-représenté au sein des administrateurs non exécutifs des conseils des sociétés cotées d'Europe d'ici à 2020, échéance ramenée à 2018 s'agissant des entreprises publiques cotées (proposition de directive du parlement européen et du conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes COM/2012/0614 final 2012/299 (COD)). Toutefois, bien que cette proposition ait été adoptée par le Parlement européen le 20 novembre 2013, le processus législatif n'a pour l'instant abouti à aucune directive définitive.

représentation, pour s'orienter davantage vers une acception de la parité comme moyen de réalisation de l'égalité concrète, entre les femmes et les hommes, en visant tous les domaines où la présence des femmes demeure moins importante que celle des hommes.

555. Le législateur a dès lors usé de la faculté offerte par le constituant de 2008 pour adopter un nombre important de textes instaurant l'objectif d'égal accès dans diverses instances. Il a d'abord pris des mesures tendant à l'égal accès dans les domaines pour lesquels les actions positives avaient été censurées par le Conseil constitutionnel, à savoir, dans les instances dirigeantes des grandes entreprises privées avec la loi Copé-Zimmermann 2011¹⁷²⁷, ainsi que dans les instances dirigeantes des entreprises publiques et dans les jurys de concours de la fonction publique avec la loi Sauvadet de 2012¹⁷²⁸. Puis, principalement depuis 2012, le législateur est intervenu de manière soutenue pour imposer l'objectif d'égal accès dans de multiples organismes, tels que, par exemple, le comité national d'orientation de la Banque publique d'investissement¹⁷²⁹, le collège de la Commission de régulation de l'énergie¹⁷³⁰, le Conseil supérieur des programmes de l'éducation nationale, le Conseil national d'évaluation du système scolaire, l'administration des écoles supérieures du professorat et de l'éducation¹⁷³¹, les conseils académiques au sein des universités¹⁷³², le Haut Conseil de stabilité financière¹⁷³³, la Commission des infractions fiscales¹⁷³⁴, les conseils citoyens mis en place dans les quartiers prioritaires des villes¹⁷³⁵, les représentants du Conseil national de l'emploi, le Comité paritaire interprofessionnel national pour l'emploi et la formation¹⁷³⁶, l'Agence nationale de contrôle du logement social¹⁷³⁷, le Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire et ses chambres régionales¹⁷³⁸, les commissions paritaires régionales interprofessionnelles¹⁷³⁹, les établissements publics placés sous le ministère de la Culture qui attribuent des subventions¹⁷⁴⁰ ou encore les instances de gouvernance des cinq agences sanitaires nationales sous tutelle exclusive du ministre chargé de la santé (ONIAM, EFS, ANSP, ABM et

¹⁷²⁷ Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle.

¹⁷²⁸ Articles 52 et suivants de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

¹⁷²⁹ Article 6 de la loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement.

¹⁷³⁰ Article 9 de la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes.

¹⁷³¹ Articles 32, 33 et 70 de la loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République.

¹⁷³² Loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche.

¹⁷³³ Article 30 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

¹⁷³⁴ Article 13 de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

¹⁷³⁵ Article 7 de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine.

¹⁷³⁶ Article 24 de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

¹⁷³⁷ Article 102 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

¹⁷³⁸ Articles 4 et 6 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

¹⁷³⁹ Article 1^{er} de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

¹⁷⁴⁰ Article 205 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

ANSM)¹⁷⁴¹. La multiplication des organismes professionnels et sociaux soumis à la règle de la parité souligne ainsi l'importance croissante donnée par le législateur à l'égalité concrète des femmes et des hommes quant à l'accès aux lieux décisionnels.

556. En deuxième lieu, malgré les résistances juridictionnelles et de certains parlementaires, le législateur français s'est tout de même généralement montré favorable à l'adoption de mesures différentialistes de quota pour mettre en œuvre l'objectif d'égal accès prévu par le constituant de 1999 et de 2008¹⁷⁴². Le droit français est ainsi paradoxalement passé d'un rejet total de l'idée même de quotas par sexe à un recours de plus en plus important à ce type d'actions positives¹⁷⁴³, que ce soit dans le domaine politique¹⁷⁴⁴ ou professionnel¹⁷⁴⁵. Le législateur a, s'agissant de ce dernier, instauré des sanctions non négligeables, puisque le non-respect des quotas entraîne la nullité des nominations, ainsi que la suspension des jetons de présence tant que l'obligation ne serait pas respectée. Bien que cette mesure ne soit pas une sanction financière à proprement parler¹⁷⁴⁶ et que le manque de suivi des sanctions pose problème¹⁷⁴⁷, il reste que le dispositif est contraignant pour les sociétés d'autant plus qu'il instaure une égalité de résultat et non une simple obligation de moyen. En effet, les quotas sont applicables aux fonctions elles-mêmes et non pas aux candidatures, comme c'est le cas pour la parité en politique. Le mécanisme a du reste été vivement critiqué sur ce point par une partie de la doctrine, qui a vu dans cette « féminisation forcée des conseils d'administration » une « atteinte à la méritocratie »¹⁷⁴⁸. La loi Sauvadet du 12 mars 2012 relative à la fonction publique est significative du changement de paradigme passant d'une égalité des chances à une égalité de résultat, le législateur visant à « briser le plafond de

¹⁷⁴¹ Ordonnance n° 2017-30 du 12 janvier 2017 relative à l'égal accès des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et des conseils de surveillance des établissements et organismes mentionnés aux articles L. 1142-22, L. 1222-1, L. 1413-1, L. 1418-1, L. 1431-1 et L. 5311-1 du code de la santé publique.

¹⁷⁴² CALVÈS Gwénaële, « Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *Revue de droit sanitaire et social*, 2009, p. 991 ;

¹⁷⁴³ LÉPINARD Eléonore, « From breaking the rule to making the rules : the adoption, entrenchment, and diffusion of gender quotas in France », *Politics, Groups and Identities*, 4:2, 2016, p. 231.

¹⁷⁴⁴ La règle de l'alternance stricte entre un candidat féminin et un candidat masculin imposée pour la composition des listes électorales, revient à imposer un quota de 50 % de femmes. Le dispositif est en outre particulièrement astreignant, car les listes qui ne respecteraient pas la parité ne pourraient dès lors être enregistrées.

¹⁷⁴⁵ La loi du 27 janvier 2011 a imposé des quotas stricts de 20 % (jusqu'en 2014), puis de 40 % (jusqu'en 2017) de personnes de même sexe au sein des conseils d'administration et de surveillance des entreprises de plus de cinq cents salariés et présentant un chiffre d'affaires ou un bilan d'au moins 50 millions d'euros (article 1^{er} de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle).

¹⁷⁴⁶ REDENIUS-HOEVERMANN Julia, « La représentation des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance en France et en Allemagne », *Revue des sociétés*, 2011, p. 203.

¹⁷⁴⁷ Voir le rapport critique du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Vers un égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles : la part des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance*, n° 2016-01-15-PAR-019, 10 février 2016, p. 57.

¹⁷⁴⁸ MORTIER Renaud, « La féminisation forcée des conseils d'administration », *Droit des sociétés*, n° 4, avril 2011. Voir également LE POURHIET Anne-Marie, « Sexe, constitution et sociétés », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 5, 1^{er} mai 2010, p. 510.

verre dans le secteur public»¹⁷⁴⁹. Le non-respect des quotas prévus pour la composition des jurys de concours, mais aussi des conseils d'administration des entreprises publiques¹⁷⁵⁰ est cette fois-ci non seulement sanctionnée par la nullité des nominations intervenues en violation de la mesure (à l'exception des nominations d'administrateurs appartenant au sexe sous-représenté au sein du conseil), mais aussi par une sanction financière, sous forme d'une contribution due par la personne publique qui n'aurait pas respecté le quota prévu¹⁷⁵¹. Les quotas paritaires sont par conséquent moins appréhendés par le législateur comme un mécanisme dérogatoire à l'égalité que comme une mise en œuvre de celle-ci ; l'égalité des sexes par la différenciation apparaît ici supplanter l'égalité comme exigence d'indifférenciation¹⁷⁵².

557. En troisième lieu, le législateur semble appréhender l'objectif d'égal accès davantage comme une politique permanente tendant à la réalisation sur le long terme de l'égalité de fait entre les femmes et les hommes, plutôt que comme une simple mesure de rattrapage temporaire dérogeant au principe d'égalité, qui disparaîtrait une fois les inégalités éradiquées¹⁷⁵³. En effet, selon l'acception classique des « discriminations positives », celles-ci étant dérogatoires au principe d'égalité, elles sont appréhendées comme de simples mesures de rattrapage temporaires¹⁷⁵⁴ destinées à disparaître une fois l'objectif d'égal accès atteint¹⁷⁵⁵. Mais les dispositifs législatifs mis en œuvre pour la réalisation de l'objectif d'égal accès n'apparaissent pas, au regard de leur énoncé, comme des mesures revêtues d'une durée limitée. Le législateur semble ainsi se départir d'une appréhension de la parité comme une « technique préférentielle instituée à titre provisoire »¹⁷⁵⁶ pour la considérer comme un « principe permanent de bonne gouvernance »¹⁷⁵⁷, s'inscrivant ainsi dans un processus de « mutation » et « d'institutionnalisation »¹⁷⁵⁸ de l'action positive. Dès lors, l'égale présence des femmes et des hommes au sein des instances décisionnelles devient un

¹⁷⁴⁹ BUI-XUAN Olivia, « L'égalité professionnelle des hommes et des femmes dans la fonction publique, une révolution manquée ? », *AJDA*, 2012, p. 1100.

¹⁷⁵⁰ Le législateur a prévu, d'une part, des mesures de quotas de 40 % de personnes de chaque sexe au sein des jurys de recrutement et des comités de sélection – renforçant ainsi l'exigence de représentation équilibrée dans les jurys de concours prévue par la loi Génisson de 2001 – ainsi que dans les conseils d'administration des établissements publics administratifs, et des instances de dialogue social pour 2018. Le quota a du reste été étendu à 50 % à compter du deuxième renouvellement du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, par la loi du 4 août 2014 (article 65 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes). Mais surtout, d'autre part, l'article 56 de la loi prévoit un quota de 40 % de nominations de candidats de chaque sexe directement pour la nomination aux emplois d'encadrement supérieur et dirigeant de la fonction publique pour 2018.

¹⁷⁵¹ Article 56-2 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012. Le décret n° 2012-601 du 30 avril 2012 relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique précise le montant de la sanction, variant selon le dispositif transitoire introduit par la loi : 30 000 euros pour les nominations en 2013 et 2014, 60 000 euros pour les nominations en 2015 jusqu'à 2017 et 90 000 euros à partir de 2018.

¹⁷⁵² SUK Julie, « Gender quotas after the end of men », *Boston University Law Review*, Vol. 93, 2013, p. 1133.

¹⁷⁵³ *Ibid.*, p. 1134.

¹⁷⁵⁴ CALVÈS Gwénaële, La discrimination positive, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁵⁵ SUK Julie, « Gender quotas after the end of men », *op. cit.*, p. 1129.

¹⁷⁵⁶ CALVÈS Gwénaële, La discrimination positive, *op. cit.*, p. 102.

¹⁷⁵⁷ SUK Julie, « Gender quotas after the end of men », *op. cit.*, p. 1129.

¹⁷⁵⁸ CALVÈS Gwénaële, La discrimination positive, *op. cit.*, p. 49.

résultat à atteindre, un objectif prioritaire justifiant que soit dépassé le strict cadre de l'égalité méritocratique par l'adoption d'actions positives davantage contraignantes.

558. Cette généralisation de l'objectif d'égal accès témoigne de l'importance accordée à l'inscription de la différence des sexes au sein de toutes les instances décisionnelles. En ce sens, ces politiques d'action positive mettent en exergue l'idée que la différenciation entre les sexes est en soi nécessaire, car les femmes et les hommes ont des « expériences et des qualités différentes », au risque de « véhiculer des thèses essentialistes »¹⁷⁵⁹. La mixité sexuée est dès lors présentée comme un « outil de performance des organisations »¹⁷⁶⁰, « un intérêt catégoriel participant de l'intérêt économique de l'entreprise »¹⁷⁶¹, davantage que comme un outil de lutte contre les inégalités de fait. La différenciation entre les sexes est dès lors davantage assumée comme un résultat à atteindre en soi, comme un principe de bonne gouvernance des entreprises¹⁷⁶².

559. Par conséquent, à travers la généralisation de l'objectif de parité, le renforcement des actions positives mises en place, ainsi que le caractère permanent de celles-ci, il apparaît que le législateur s'est affranchi d'une appréhension des actions positives comme simple dérogation au principe d'égalité, et ce malgré la persistance d'une telle acception dans le raisonnement des juges. Ainsi, l'inscription dans la loi du 4 août 2014 pour « l'égalité réelle entre les femmes et les hommes » de dispositifs renforçant les actions positives prises pour réaliser la parité, témoigne d'une appréhension de la parité comme nécessaire à l'égalité réelle et non comme entravant l'égalité. Mais si cette évolution dans l'approche législative des actions positives montre la priorité accordée à la lutte contre les inégalités de fait¹⁷⁶³, la logique d'égalité de résultat se trouve néanmoins limitée. En effet, les lacunes des dispositifs adoptés par le législateur, et notamment leur inaptitude à corriger les inégalités au sein des lieux de pouvoir les plus importants, conduisent à interroger la propension de la loi à généraliser l'égalité concrète et partant, à réaliser une égalité par la différenciation dans les bastions où résistent précisément les inégalités entre les femmes et les hommes.

560. **Des dispositifs différencialistes néanmoins limités.** Les dispositifs législatifs visant l'objectif d'égal accès ont été plutôt « modestes dans leur ambition » et « variables dans leurs

¹⁷⁵⁹ BUI-XUAN Olivia, « La mixité dans la haute fonction publique », *op. cit.*, p. 552.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 552.

¹⁷⁶¹ DUHAMEL Jean-Christophe, « L'équilibre des sexes au sein des conseils d'administration et de surveillance des grandes entreprises », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, *op. cit.*, p. 584.

¹⁷⁶² SUK Julie, « Gender parity and state legitimacy : from public office to corporate boards », *op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁶³ CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 46.

effets»¹⁷⁶⁴. En témoigne la réclamation introduite devant le Comité européen des droits sociaux par le Groupe européen des femmes diplômées des universités, contestant la faible présence des femmes dans les instances décisionnelles des entreprises et, partant, l'absence de réalisation de l'égalité de résultat¹⁷⁶⁵. Il semble en effet que les actions positives prises sur le fondement de l'objectif d'égal accès n'aient pas eu vocation à instaurer la mixité au sein des lieux de pouvoir stratégiques¹⁷⁶⁶. En effet, le législateur n'a pas été jusqu'à introduire l'égalité par la différenciation au sein des fonctions politiques les plus importantes ou au sein des postes à responsabilité les plus déterminants, qui demeurent régis par une logique d'indifférenciation au regard du sexe.

561. Ainsi, en matière de parité dans l'accès aux fonctions politiques, certains auteurs ont remarqué que, si le « bilan quantitatif » des dispositifs législatifs paritaires était plutôt positif, car ayant permis sans conteste une augmentation de l'accès des femmes à certains types de mandats électoraux soumis à l'élection au scrutin de liste¹⁷⁶⁷, le « bilan qualitatif » de ces mesures était plutôt médiocre, en raison de leur incapacité à permettre l'accès des femmes aux fonctions politiques les plus influentes¹⁷⁶⁸. Une telle insuffisance tient notamment au fait que l'accès à ces fonctions politiques – telles que l'accès aux mandats de députés, une partie des mandats de sénateurs ou encore la présidence de la République – s'effectue principalement par la voie du scrutin uninominal, lui-même non soumis à la règle de la parité alternée mettant en place un quota strict de 50 % de candidat de même sexe¹⁷⁶⁹. Le dispositif incitatif de pénalité financière prévue dès la loi du 6 juin 2000¹⁷⁷⁰ s'est de surcroît révélé insuffisant¹⁷⁷¹, tout du moins jusqu'aux

¹⁷⁶⁴ BOUCOBZA Isabelle, GIRARD Charlotte, « La parité en politique. Le genre, un outil de pouvoir », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 503.

¹⁷⁶⁵ CEDS, Réclamation n° 130/2016, *Groupe européen des femmes diplômées des universités c/ France*, décision sur la recevabilité, 4 juillet 2017 : « Le GEFDU allègue que l'application de la législation française relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes méconnaît les articles 4§3 et 20 de la Charte sociale européenne révisée, lus seuls ou en combinaison avec l'article E de la Charte, au motif que les inégalités entre les femmes et les hommes en termes de rémunération pour un travail de valeur égale et de représentation dans les postes à responsabilités persistent ».

¹⁷⁶⁶ BOUCOBZA Isabelle, GIRARD Charlotte, « La parité en politique. Le genre, un outil de pouvoir », *op. cit.*, p. 503.

¹⁷⁶⁷ Par exemple, les actions positives ont permis une féminisation des conseils municipaux dans les communes de plus de 3500 habitants (40,3 %), des conseils régionaux (47,8 %) et de la représentation française au Parlement européen (43,2 %) (ministère de la Famille, de l'Enfance et des droits des femmes, *Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, Chiffres-clés, édition 2016, p. 8).

¹⁷⁶⁸ BOUCOBZA Isabelle, GIRARD Charlotte, « La parité en politique. Le genre, un outil de pouvoir », *op. cit.*, p. 509.

¹⁷⁶⁹ En effet, par définition, le scrutin uninominal ne peut pas être soumis à « l'exigence de symétrie » que suppose l'égalité par la différenciation, puisque, contrairement au scrutin plurinominal, il ne permet d'élire qu'un seul candidat par circonscription pour remplir une fonction unique ou constituer une assemblée (BOUCOBZA Isabelle, GIRARD Charlotte, « La parité en politique. Le genre, un outil de pouvoir », *op. cit.*, p. 518).

¹⁷⁷⁰ Article 15 de la loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 ajoutant l'article 9-1 à la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, modifié par l'article 34 de la loi n° 2003-327 du 11 avril 2003, l'article 5 de la loi n° 2007-128 du 31 janvier 2007 et l'article 60 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014. La pénalité consiste en une modulation de la première fraction de l'aide publique allouée aux partis politiques, proportionnelle au nombre de voix obtenues au premier tour, qui diminue lorsque les partis présentent trop peu de candidates femmes (ou de candidats hommes). La loi pour l'égalité réelle de 2014 a renforcé la modulation de l'aide publique des partis politiques ne respectant pas la parité lors des élections législatives : le taux de modulation financière de la première fraction de l'aide publique a été ainsi doublé, passant de 75 % à 150 %.

¹⁷⁷¹ Ainsi, le taux de femmes à l'Assemblée nationale est passé de 18,5 % en 2007 à 26,9 % en 2012. De même, le renouvellement des sénateurs élus au scrutin majoritaire uninominal a conduit à élire 8,3 % de sénatrices, soit une présence de 22,3 % de femmes au Sénat en 2014, contre 22,1 % en 2011 et 10,6 % en 2001.

élections législatives de 2017. Les grands partis politiques ont préféré s'acquitter des pénalités¹⁷⁷² ou contourner la règle paritaire en assignant les femmes candidates aux circonscriptions perdues d'avance ou difficiles à gagner¹⁷⁷³. De surcroît, le Conseil constitutionnel s'est opposé à la mise en place d'un dispositif potentiellement plus efficace pour la parité, qui aurait pu prendre la forme d'un durcissement de la pénalité financière par une suppression de l'aide publique allouée aux partis ou tout du moins de la seconde fraction de cette aide publique¹⁷⁷⁴. Le Conseil constitutionnel veille en tout état de cause à ce que la modulation financière ne constitue pas une sanction qui porterait atteinte au principe de nécessité des peines¹⁷⁷⁵. Or, sans contrainte efficace, il semble que la dynamique paritaire ne puisse reposer que sur la bonne volonté des partis politiques, traditionnellement enclins à contourner l'objectif d'égal accès¹⁷⁷⁶. L'accroissement du nombre de femmes députées à l'Assemblée nationale lors des élections législatives de 2017 est donc davantage la conséquence de la politique interne du parti « la République en Marche »¹⁷⁷⁷, majoritaire à l'Assemblée, que des dispositifs juridiques paritaires¹⁷⁷⁸.

562. Au regard de ce constat, certains auteurs ont qualifié le dispositif législatif mis en œuvre de « parité à deux vitesses »¹⁷⁷⁹, combinant des actions positives différencialistes imposées pour élections au scrutin de liste et des mécanismes incitatifs plus ou moins efficaces s'agissant des élections au scrutin uninominal. Toutefois, il semble que même les mécanismes contraignants instaurés pour les élections au scrutin de liste connaissent certaines défaillances. En effet, la mise en place de la parité alternée sur les listes électorales n'a pas pu empêcher la relégation des femmes en seconde position, rendant ainsi difficile leur accession aux fonctions exécutives

¹⁷⁷² Par exemple, en 2011, l'UMP a été pénalisée à hauteur de 4 millions d'euros pour n'avoir présenté que 26 % de femmes comme candidates aux élections législatives ; le parti socialiste et le Modem ayant présenté 45,2 % et 36,2 % de femmes candidates, ils ont été pénalisés respectivement à hauteur de 485 822 euros et 420 538 euros (montant des retenues sur la dotation des partis politiques au titre de la parité en 2011, publié sur le site du Haut Conseil à l'égalité, URL : http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/OPFH_Dotations_publicques_retenues_2011.pdf).

¹⁷⁷³ CALVÈS Gwénaële, « La parité des sexes dans la sphère publique », *op. cit.*, p. 91.

¹⁷⁷⁴ Une telle suppression a en effet été considérée comme portant atteinte au principe de pluralisme des courants d'idées et d'opinions et de libre expression des suffrages : puisque les partis ne peuvent prévoir à l'avance le choix des électeurs, il serait trop contraignant de les inciter à prévoir un nombre de femmes élues (Cons. constit., 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC, loi de réforme des collectivités territoriales, cons. 61).

¹⁷⁷⁵ Cons. constit., 30 mai 2000, n° 2000-429 DC, loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, cons. 13.

¹⁷⁷⁶ Ainsi, pour les élections non soumises à l'obligation de parité alternée ou à l'incitation financière, à l'instar des élections municipales dans les communes de moins de 1000 habitants, le manque de volontarisme des partis politiques a abouti à affaiblir l'effet d'« entraînement » escompté. En effet, la présence des femmes dans les conseils municipaux de ces communes est seulement de 34,9 % en 2014 contre 48,2 % dans les conseils municipaux des communes de plus de 1000 habitants soumises à l'obligation de parité (Haut Conseil à l'égalité, *Parité en politique : entre progrès et stagnations. Évaluation de la mise en œuvre des lois dites de parité dans le cadre des élections de 2014 : municipales et communautaires, européennes, sénatoriales*, Rapport n° 2015-02-26-PAR-015 publié le 26 février 2015, p. 106).

¹⁷⁷⁷ Lors des élections législatives de 2017, la part de femmes élues est passée de 26,86 % à 38,82 %, avec par exemple 46,75 % de femmes députées au sein du parti la République en Marche (Chiffes-clés du secrétariat d'État chargé de l'égalité entre les femmes et les hommes, édition 2017, p. 47).

¹⁷⁷⁸ Sur la comparaison entre les dispositifs incitatifs et contraignants dans la réalisation de l'objectif de parité, on se permet de renvoyer à : FONDIMARE Elsa, MARGUET Laurie, « La parité en France et en Allemagne », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, juillet-septembre 2016, p. 649.

¹⁷⁷⁹ BOUCOBZA Isabelle, GIRARD Charlotte, « La parité en politique. Le genre, un outil du pouvoir », *op. cit.*, p. 518.

locales, telles que la présidence des conseils régionaux, la présidence des conseils départementaux et les fonctions de maire¹⁷⁸⁰. Ainsi, durant les élections sénatoriales, un certain nombre de sénateurs sortants ont adopté des « stratagèmes anti-parité », en créant une liste dissidente où ils étaient placés en tête de liste, plutôt que d'être placés en deuxième position derrière une femme sur la liste principale de leur parti¹⁷⁸¹. Par ailleurs, bien que la loi du 31 janvier 2007 ait imposé un « ticket-mixte » pour les élections cantonales, autrement dit l'exigence de parité entre le candidat et son adjoint, ce sont les femmes qui sont majoritairement désignées comme vice-présidentes¹⁷⁸². De même, la loi de 2007 instaure bien à l'article L. 2122-7-2 du Code général des collectivités territoriales la parité parmi les adjoints au maire dans les communes de plus de 3500 habitants. Mais, outre le fait qu'elle n'ait prévu aucun « ticket-mixte » entre le maire et son adjoint, la portée pratique de la mesure est limitée, en ce qu'elle peut « s'atténuer fortement au gré des départs des adjointes initialement élues »¹⁷⁸³ : la loi ne prévoit pas de remplacement par un adjoint de même sexe en cas de démission, décès ou révocation d'un autre adjoint. En définitive, il convient d'admettre, avec Guillaume Tusseau, que « les fonctions les plus centrales sur le plan symbolique et politique restent rétives à l'emprise des dispositifs antidiscriminatoires »¹⁷⁸⁴.

563. Les dispositifs législatifs adoptés pour permettre l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales se heurtent aux mêmes insuffisances que les mesures instaurant la parité dans la sphère politique – notamment quant aux sanctions pécuniaires¹⁷⁸⁵. En effet, la mise en place de quotas contraignants pour garantir la présence des femmes au sein des conseils d'administration et de surveillance des entreprises privées et publiques demeure, somme toute, assez limitée dans son ambition à briser le « plafond de verre »¹⁷⁸⁶ empêchant les femmes d'accéder aux plus hautes responsabilités. Olivia Bui-Xuan a

¹⁷⁸⁰ Par exemple, suite aux élections municipales de 2014, seulement 16 % de maires sont des femmes ; or, un tel résultat peut être expliqué par le fort taux de candidats masculins présents en tête de liste, à savoir, 83 % pour ces élections. En 2015, les statistiques indiquent ainsi une présence de 17,6 % de femmes à la présidence des conseils régionaux, de 9,9 % à la présidence des conseils départementaux et 7,8 % à la présidence d'intercommunalités (EPCI) (ministère de la Famille, de l'Enfance et des droits des femmes, *Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, *op. cit.*, p. 8).

¹⁷⁸¹ Haut Conseil à l'égalité, *Parité en politique : entre progrès et stagnations*, *op. cit.*, p. 83-85.

¹⁷⁸² BOUCOBZA Isabelle, GIRARD Charlotte, « La parité en politique. Le genre, un outil de pouvoir », *op. cit.*, p. 520 : « Le dispositif ne fait donc « en réalité que reproduire le stéréotype de la femme force d'appoint de l'homme, sa remplaçante ».

¹⁷⁸³ LUCHAIRE Yves, « L'échec de la parité appliquée à une élection partielle d'adjoints au maire », *AJDA*, 2014, p. 522.

¹⁷⁸⁴ TUSSEAU Guillaume, « Problèmes et contradictions du droit antidiscriminatoire appliqué au domaine de la représentation politique des femmes. Regard comparatiste », *op. cit.*, p. 539.

¹⁷⁸⁵ BUI-XUAN Olivia, « La mixité dans la haute fonction publique », *op. cit.*, p. 558. L'auteure émet des réserves quant à l'efficacité de la sanction prévue en cas de non-respect du quota de 40 %, à savoir, le paiement d'une contribution financière ; en effet, les établissements concernés risquent, à l'instar des partis politiques s'agissant de la parité, de préférer le paiement de la contribution financière plutôt que le respect de l'obligation. De ce point de vue, l'annulation pure et simple des nominations intervenues en méconnaissance du quota de 40 % aurait sans doute participé à rendre le système plus efficace.

¹⁷⁸⁶ Ministère de la Famille, de l'Enfance et des droits des femmes, *Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, *op. cit.*, p. 9 : « Le plafond de verre désigne les obstacles visibles et invisibles qui empêchent les femmes d'accéder aux plus hautes responsabilités ». Ainsi, si la part des femmes dans les effectifs des trois fonctions publiques est de 62 %, elles ne sont présentes qu'à 30 % dans les

ainsi mis en évidence un certain nombre de limites du dispositif prévu par la loi Sauvadet de 2012. En ce sens, le quota de 40 % de personnes de chaque sexe au sein des conseils d'administration des établissements publics – autres que les EPIC soumis à un régime de droit privé¹⁷⁸⁷ – ne concerne que « les personnalités qualifiées », nommées pour leurs compétences, expériences ou connaissances, c'est-à-dire, une catégorie restreinte des membres siégeant dans ces conseils¹⁷⁸⁸. L'auteure souligne également les écueils du système fixant un quota de 40 %, imposé cette fois-ci lors de la nomination aux postes à responsabilités, mais uniquement aux nouvelles nominations et non à la totalité des emplois concernés¹⁷⁸⁹. Ensuite, certains postes importants « ne sont tout simplement pas concernés par l'obligation de nominations équilibrées »¹⁷⁹⁰, à savoir les corps accessibles par l'ENA, ainsi que les emplois pourvus par un décret en conseil des ministres¹⁷⁹¹ (tels ceux de procureur général près de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des cours d'appel, de conseillers d'État, ceux de direction des grands établissements publics et entreprises publiques)¹⁷⁹². Comme pour la parité en politique, la tendance est encore ici d'exclure les fonctions les plus influentes des dispositifs différentialistes. En outre, un système de compensation a été mis en place pour la comptabilisation du nombre de femmes et d'hommes lors du calcul du quota de 40 %¹⁷⁹³, qui risque de contribuer à « hiérarchiser les différents emplois

corps et emplois à la décision du gouvernement, à 28 % dans les emplois de direction de la fonction publique territoriale et à 43 % dans les directions d'hôpital.

¹⁷⁸⁷ L'article 52 de la loi de 2012 précise en effet que cette disposition concerne les conseils d'administration, les conseils de surveillance des établissements publics non mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, c'est-à-dire, les EPA, les EPIC de l'État autres que ceux dont le personnel est soumis à un régime de droit public ainsi que « les autres établissements publics de l'État qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles du droit privé » (autrement dit, les établissements publics à « double visage »). Les EPIC et les entreprises publiques demeurent quant à elle soumises, comme les grandes sociétés privées, à la règle selon laquelle « lorsque le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou l'organe équivalent est composé au plus de huit membres, l'écart entre le nombre des administrateurs de chaque sexe ne peut être supérieur à deux » (supérieur à un depuis la loi n° 2014-873 du 4 août 2014).

¹⁷⁸⁸ BUI-XUAN Olivia, « L'égalité professionnelle des hommes et des femmes dans la fonction publique, une révolution manquée ? », *op. cit.*, p. 1100.

¹⁷⁸⁹ BUI-XUAN Olivia, « La mixité dans la haute fonction publique », *op. cit.*, p. 557. Sont dès lors exclus de l'obligation les renouvellements de postes ou encore les nominations au même type d'emploi (circulaire du 20 août 2012 relative à l'application du décret n° 2012-601 du 30 avril 2012 relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique, NOR : RDFF1229946C, p. 3).

¹⁷⁹⁰ BUI-XUAN Olivia, « La mixité dans la haute fonction publique », *op. cit.*, p. 559.

¹⁷⁹¹ Article 13-4 de la Constitution du 4 octobre 1958 et ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État.

¹⁷⁹² Décret n° 2012-601 du 30 avril 2012 relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique. Sont par exemple concernés par l'obligation chiffrée les emplois de secrétaires généraux, directeurs généraux et directeurs d'administration centrale, de préfets en poste territorial, de recteurs d'académie, des emplois de direction et de contrôle de la police nationale, inspecteur général et contrôleur général des services actifs de la police nationale ou encore des emplois de directeur de centre hospitalier universitaire et de directeur de centre hospitalier régional.

¹⁷⁹³ Circulaire du 20 août 2012 précitée, p. 11 : « Pour l'État, et au sein d'un même département ministériel, le respect de l'obligation chiffrée de nominations de personnes de chaque sexe, peut se compenser entre les différents types d'emplois pour le calcul de la contribution financière [...]. L'obligation de nominations équilibrées étant appréciée au niveau du département ministériel, la proportion minimale de personnes de chaque sexe peut ne pas être respectée pour chaque type d'emploi pris séparément. Il convient cependant que la proportion minimale soit respectée au niveau global ».

relevant des fonctions d'encadrement et de réserver les emplois les moins prestigieux aux femmes »¹⁷⁹⁴.

564. Par ailleurs, toujours dans le cadre de l'égal accès des femmes et des hommes à la fonction publique, bien que le législateur de 2017 ait amélioré l'accès des femmes aux plus hautes responsabilités en prévoyant de confier la présidence des jurys de concours de manière alternée à un membre de chaque sexe¹⁷⁹⁵, les dispositifs introduisant la parité dans les jurys de concours ont peu d'incidence sur une égalité de résultat qui prendrait la forme de la mixité dans les emplois publics¹⁷⁹⁶. Enfin, certains auteurs ont également mis en évidence que les dispositifs visant une présence équilibrée dans les instances décisionnelles des grandes entreprises se heurtaient aussi à des insuffisances, tant en raison de la faible portée du dispositif¹⁷⁹⁷, que de l'inapplicabilité des actions positives aux postes à responsabilité les plus importants¹⁷⁹⁸.

565. Il s'agit en définitive de nuancer l'émergence de dispositifs visant une égalité de résultat introduits par le législateur. Si ceux-ci s'éloignent effectivement d'une simple logique d'égalité des chances, en priorisant la mixité sexuée au sein des fonctions politiques et des responsabilités professionnelles par des mesures différentialistes contraignantes, le « résultat » auquel ils aboutissent n'est pas d'assurer une telle mixité dans les instances décisionnelles les plus importantes, celles où, précisément, persistent les inégalités de fait entre les femmes et les hommes.

566. **Conclusion du chapitre II.** La différence de traitement entre les sexes est désormais considérée par le législateur comme un moyen légitime de réaliser l'égalité et non plus comme une simple atteinte au principe d'égalité, ce qui permet de conclure à l'apparition d'une acception

¹⁷⁹⁴ BUI-XUAN Olivia, « La mixité dans la haute fonction publique », *op. cit.*, p. 559.

¹⁷⁹⁵ Article 166 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

¹⁷⁹⁶ MONIOLLE Carole, « La représentativité des sexes dans les jurys de concours de la fonction publique », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, *op. cit.*, p. 576 : « Les résultats dépendent largement du vivier de départ. La composition des jurys et des comités de sélection ne semble avoir aucune influence directe ».

¹⁷⁹⁷ Peu d'entreprises sont concernées par le dispositif introduit par la loi Copé-Zimmermann de 2011 : le quota de 40 % de personnes de chaque sexe imposé aux conseils d'administration et de surveillance, ne concerne que « les formes sociétaires connaissant des structures décisionnelles collégiales, qui sont de fait très minoritaires » regroupant les sociétés anonymes et les sociétés en commandites par action (voir DUHAMEL Jean-Christophe, « L'équilibre des sexes au sein des conseils d'administration et de surveillance des grandes entreprises », *op. cit.*, p. 597 et s).

¹⁷⁹⁸ Les actions positives adoptées par le législateur en 2011 ne semblent pas avoir vocation à permettre l'accès des femmes aux postes à responsabilité les plus importants. En effet, les conseils d'administration et de surveillance, visés par l'action positive, ne sont pas les organes décisionnels les plus importants dans l'entreprise, car ils remplissent davantage une fonction de contrôle qu'une fonction de direction et de décision (voir DUHAMEL Jean-Christophe, « L'équilibre des sexes au sein des conseils d'administration et de surveillance des grandes entreprises », *op. cit.*, p. 599). Les organes hiérarchiquement les plus élevés au sein de l'entreprise, à savoir, les dirigeants exécutifs et les mandataires sociaux, ne sont pas soumis à un dispositif égalitaire, ce qui conforte la persistance d'une forte inégalité d'accès entre les femmes et les hommes dans ces instances dirigeantes (parmi les conseils d'administration et comités de surveillance des sociétés cotées en bourse en 2015, les femmes représentent 34 % des membres non exécutifs, seulement 13 % des membres exécutifs et 0 % des présidents directeurs généraux, selon les chiffres du ministère de la Famille, de l'Enfance et des droits des femmes, *Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, *op. cit.*, p. 9).

nouvelle de l'égalité *par la différenciation* en droit français. Mais celle-ci demeure soumise au compromis politique inhérent au processus législatif, qui se traduit par des résistances opposées à la multiplication de dispositifs différentialistes trop contraignants, en particulier dans les instances stratégiques soumises aux enjeux de pouvoir – telles que les fonctions politiques exécutives, les mandats parlementaires ou encore les plus hautes instances décisionnelles des entreprises privées et publiques. L'accès à celles-ci dépend ainsi encore largement d'une logique d'indifférenciation selon le sexe, présent dans le discours du législateur, mais aussi et surtout dans celui du juge.

567. **Conclusion du titre II.** L'appréhension des actions positives en droit français apparaît par conséquent divisée entre deux interprétations de l'égalité encore sensiblement en opposition. D'une part, l'interprétation traditionnelle de l'égalité des sexes, héritée du mouvement législatif et judiciaire d'indifférenciation des normes, est encore bien présente dans le raisonnement des juges constitutionnels, administratifs et européens. Ceux-ci demeurent attachés à préserver la prééminence d'une égalité des sexes comme exigence d'indifférenciation, par le maintien des actions positives dans le cadre de l'égalité des chances comme simples dérogations au principe d'égalité. D'autre part, la dynamique législative a fait des dispositifs différentialistes les instruments d'une conception renouvelée de l'égalité des sexes, l'égalité dite « réelle ». Cependant, une telle conception de l'égalité par la différenciation ne paraît pas avoir supplanté, notamment au regard du raisonnement des juges, l'égalité par l'indifférenciation, d'autant plus que les dispositifs législatifs différentialistes demeurent tout de même limités du point de vue de la lutte contre les inégalités de fait.

568. **Conclusion de la partie I.** L'analyse de la construction juridique du principe d'égalité des sexes a permis de révéler que le rapport du principe d'égalité à la différence des sexes a avant tout été construit, depuis les années 1970, comme un rapport d'opposition. Le droit français privilégie encore aujourd'hui, sous l'influence certaine du droit européen, une interprétation de l'égalité des sexes comme exigence d'indifférenciation. Une telle interprétation s'est en effet affirmée, dans un premier temps, à travers le processus de neutralisation des énoncés juridiques au regard du sexe, qui a lui-même conduit à assimiler à des différences de traitement illégitimes les mesures préférentielles en faveur des mères de famille et les actions positives en faveur des femmes prises afin de remédier aux inégalités de fait. Puis, les différences de traitement fondées sur le sexe ont été admises, sous forme d'actions positives, pour lutter contre les inégalités. Mais cette égalité par la différenciation a été appréhendée, notamment par les juges français et européens, dans un cadre limité, comme simple faculté pour le législateur et, en tout état de cause, comme une dérogation à l'égalité interprétée comme indifférenciation et non-discrimination, qui seule

s'impose au législateur. La restriction des actions positives peut être expliquée par le projet politique attribué au principe d'égalité depuis sa proclamation par la Déclaration de 1789 : le principe général d'égalité, de même que l'exigence d'indifférenciation rattachée par la suite à l'égalité des sexes, ont en effet servi depuis 1789 à préserver le droit individuel de n'être distingué que selon ses capacités, son mérite et ses talents. En ce sens, le droit français éprouve des difficultés certaines à admettre les différences de traitement fondées sur le sexe, notamment lorsqu'il s'agit de mobiliser une telle différenciation pour remédier aux inégalités de fait dans l'accès aux fonctions et responsabilités, celui-ci étant traditionnellement soumis à la règle de la sélection par le mérite.

569. Cependant, si l'égalité des sexes est interprétée en droit français encore majoritairement comme une exigence d'indifférenciation – contrairement aux premiers temps de l'égalité des sexes –, force est de constater que, paradoxalement, la différenciation selon le sexe ne paraît pas constituer un processus exceptionnel. Bien au contraire, il s'agit de montrer que le droit, en tant qu'instrument de catégorisation, construit lui-même la différence des sexes. L'une des raisons pour lesquelles les interprètes de l'égalité des sexes ne peuvent porter jusqu'à son terme le projet d'indifférenciation qui a été traditionnellement attaché à l'égalité des sexes, c'est que le droit est lui-même producteur de la différence des sexes.

Partie II. L'impossible dépassement de la différence des sexes : quand l'évolution du principe d'égalité bute sur la construction juridique de la personne

571. Si l'interprétation de l'égalité des sexes comme exigence d'indifférenciation est encore bien ancrée en droit français, le rapport du principe d'égalité à la différence des sexes est en réalité plus complexe qu'un simple rapport d'opposition. D'abord en raison de l'évolution du projet politique charrié par l'égalité des sexes, qui tend aujourd'hui à remettre en cause les inégalités de fait, allant même jusqu'à engager les acteurs du droit à agir sur les rôles de genre inégalitaires. La réforme actuelle de la Constitution afin d'y inscrire le « principe fondamental » de l'égalité entre les femmes et les hommes traduit cette volonté politique forte « de parvenir à une société d'égalité entre les femmes et les hommes »¹⁷⁹⁹. Or, agir concrètement sur les inégalités de fait implique une légitimation de la différenciation entre les sexes par le droit, qui opère à deux niveaux : par l'admission du fait que les femmes et les hommes ne sont pas dans des situations similaires au regard des inégalités ; et par l'admission de différences de traitement entre les sexes dans le cadre des actions positives. Le rapport du principe d'égalité à la différence des sexes peut dès lors être considéré comme un rapport d'admission.

572. Mais au-delà de l'évolution même de la conception de l'égalité des sexes, la différenciation juridique entre les sexes demeure pleinement légitime dans certains domaines – au premier rang desquels, et de manière très significative, dans les règles relatives à l'état civil et à la filiation. Ici, la différenciation entre les sexes est en quelque sorte « protégée » des effets du principe d'égalité et demeure donc pleinement légitime. La binarité des sexes est alors considérée comme une donnée naturelle que le droit ne ferait que prendre en compte de manière objective. La différence des sexes dans la construction juridique de la personne semble ainsi irréductible : il apparaît impossible de remettre en cause la bicatégorisation par sexe sur le terrain de l'égalité, comme en témoigne de manière emblématique, lors de la même réforme constitutionnelle en cours, le rejet des amendements visant à supprimer les effets discriminatoires de l'assignation sexuée envers les

¹⁷⁹⁹ RIXAIN Marie-Pierre, rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 20 juin 2018, p. 16 : « Pour aller plus loin, mieux garantir l'égalité et assurer très concrètement l'égalité entre les femmes et les hommes, votre Rapporteure estime qu'il est aujourd'hui cohérent de sacrifier le principe d'égalité entre les femmes et les hommes, qui apparaît certes déjà, de manière indirecte, dans le bloc de constitutionnalité par le Préambule de 1946 mais à travers une formulation justement peu respectueuse de ce principe d'égalité et qui mentionne seulement des "droits égaux", mais n'inscrit pas explicitement le principe général d'égalité entre les femmes et les hommes ».

personnes transgenres ou intersexes¹⁸⁰⁰. La volonté politique d'une égalité réelle entre les sexes, tendant à supprimer le genre comme assignation de rôles sociaux hiérarchisés entre les femmes et les hommes, ne va donc pas jusqu'à la suppression du genre comme système de bicatégorisation entre les sexes¹⁸⁰¹.

573. Par conséquent, alors que la prise en compte de la hiérarchie entre les sexes est considérée comme légitime pour lutter contre les inégalités, la différence des sexes dans la construction juridique de la personne est quant à elle pleinement légitime en dehors même de toute considération égalitaire, car elle est appréhendée comme une différence naturelle. Cette distinction rejoint la dichotomie faite par certains auteurs entre la notion de « statut juridique » et celle de « catégorie juridique » : toutes deux renverraient à des processus de différenciation en droit, mais la première serait de l'ordre du « donné », conduisant le droit à saisir les différences *objectives* pour opérer une classification des personnes et déterminer leur condition juridique¹⁸⁰², et la seconde de l'ordre du « construit », la lutte contre les inégalités de fait impliquant la prise en compte par le droit d'une réalité sociale inégalitaire et donc un jugement de valeur quant à la vulnérabilité des groupes discriminés¹⁸⁰³. Le fait même de distinguer entre « catégorie » et « statut » conduit ainsi à considérer comme construites les différenciations opérées dans une perspective égalitaire relevant de la catégorie, et à l'inverse à naturaliser les différenciations relevant du statut (état des personnes et règles relatives à la filiation). Dès lors, contrairement aux différenciations par sexe à vocation égalitaire, les différenciations par sexe opérées pour distinguer les statuts des personnes (principalement aujourd'hui les statuts de père et mère) ne sont pas appréhendées sous l'angle de l'égalité. Apparaît ici la fonction « naturalisante du droit »¹⁸⁰⁴ : ces différenciations sont considérées comme légitimes en soi, non interrogées sur le terrain de l'égalité, précisément parce qu'elles apparaissent comme des faits naturels faisant l'objet d'une prise en compte objective par le droit.

¹⁸⁰⁰ Voir l'amendement n° CL806 présenté à l'Assemblée nationale le 22 juin 2018 par les députés de la France Insoumise : « Le Préambule de la Constitution est complété par un alinéa ainsi rédigé : “Les personnes de nationalité française peuvent modifier gratuitement leur état civil, sur leur simple demande ou celle de leurs représentants légaux, dès lors qu’elles estiment qu’il ne correspond pas ou plus à leur genre” ». Voir l'exposé des motifs : « L'assignation sexuée est une source de discrimination importante pour les personnes ne se reconnaissant pas dans l'identité sexuelle et de genre qui leur a été assignée ».

¹⁸⁰¹ Sur la distinction entre ces deux conceptions du genre – le genre comme système d'assignation de rôles sociaux hiérarchisés et le genre comme système de division binaire entre les sexes –, voir l'introduction de la présente thèse.

¹⁸⁰² GOGOS-GINTRAND Amélie, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Éditions, 2011, p. 3 : « Les statuts des personnes sont les règles applicables à des catégories de personnes, identifiées à partir d'une qualité relevant de l'état des personnes et qui, en conséquence, déterminent leur condition juridique ».

¹⁸⁰³ *Ibid.*, p. 223 : « Par catégorisation de personnes, nous désignons des groupes de personnes identifiés en droit par leur vulnérabilité. Les règles qui les concernent ont une vocation égalitaire ».

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 267.

574. La deuxième partie de la thèse se donne ainsi pour objectif de « comprendre les paradoxes du droit entre ses effets originellement androcentrés (le genre du droit) et l’investissement dont il fait l’objet pour la production de l’égalité (le droit du genre) »¹⁸⁰⁵ et de s’interroger, comme nous y invite Annie Junter, sur la « cohérence de cet ensemble »¹⁸⁰⁶. Le droit est ainsi « traversé par des mouvements très contradictoires »¹⁸⁰⁷ s’agissant des rapports entre le principe d’égalité et la différence des sexes : d’un côté, il admet la différenciation entre les sexes dans une perspective d’égalité réelle (titre I) et, de l’autre, il produit la différence des sexes par-delà le champ d’application du principe d’égalité, ce qui conduit à conforter l’idée de naturalité de la différence des sexes au fondement d’inégalités de genre (titre II).

¹⁸⁰⁵ LACOMBE Delphine, « Légiférer sur les “violences de genre” tout en préservant l’ordre patriarcal. L’exemple du Nicaragua (1990-2017), *Droit et Société*, n° 99, 2018 (à paraître).

¹⁸⁰⁶ JUNTER Annie, entretien réalisé par Coline CARDI et Anne-Marie DEVREUX, « Droit du travail et genre. Entre codification et résistance à la domination masculine », *Cahiers du Genre*, n° 57, 2014, p. 32.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 32.

Titre I. La reconnaissance de la différence des sexes : nécessité de la lutte contre la hiérarchie de genre

575. L'évolution du droit de la non-discrimination¹⁸⁰⁸ conduit peu à peu à se départir d'une acception univoque de l'égalité des sexes comme exigeant l'indifférenciation systématique entre les femmes et les hommes. Il est désormais convenu que la mise en œuvre de l'égalité formelle ne constitue pas une réponse suffisante pour remédier aux inégalités de fait entre les femmes et les hommes¹⁸⁰⁹, et de là, pour garantir aux femmes l'égale jouissance effective des droits politiques, sociaux et culturels. L'émergence de cette logique nouvelle du droit de la non-discrimination, surtout à partir des années 2000 en droit français¹⁸¹⁰ et dans le sillage de systèmes juridiques étrangers, a conduit à un changement de paradigme s'agissant des rapports entre le principe d'égalité et la différence des sexes. Non seulement les *différences de traitement*, sous forme d'actions positives, sont de plus en plus acceptées – malgré la réticence des juges – en tant qu'outils de mise en œuvre du principe d'égalité¹⁸¹¹; mais encore, le raisonnement des acteurs juridiques – le législateur, l'administration ou le juge – tend de plus en plus à prendre en compte les *différences de situation* entre les femmes et les hommes pour remédier aux inégalités de fait. Cela témoigne d'un renouvellement de l'approche de l'égalité réelle : cette dernière n'est plus considérée comme une dérogation au principe d'égalité entendu comme exigence d'indifférenciation, qui présuppose qu'hommes et femmes sont placés dans des situations similaires – la comparabilité des situations

¹⁸⁰⁸ Le droit de la non-discrimination est ici entendu au sens large, comme comprenant les textes, le contentieux, mais aussi les politiques publiques qui appliquent et mettent en œuvre le principe d'égalité dans ses différentes formes (l'égalité formelle, l'interdiction de la discrimination ou encore l'égalité réelle).

¹⁸⁰⁹ Les chiffres publiés par le Ministère de la famille, de l'enfance et des droits des femmes en 2016 rendent compte des inégalités de fait persistant entre les femmes et les hommes, et traversant, de façon structurelle, tous les aspects de la vie sociale : en matière d'éducation elles se traduisent par des différences quant à l'accès aux filières, les filières littéraires et préparant au travail social sont choisies très majoritairement par les filles (respectivement à 78,9 % et à 97 %), tandis que les filières formant aux sciences et techniques de l'industrie et aux moteurs et à la mécanique automobile sont très majoritairement suivies par des garçons (respectivement à 92,9 % et à 98,2 %) ; en matière d'accès à l'emploi, les femmes ont un taux d'activité plus faible que celui des hommes (67,5 % contre 75,5 %). Cet écart se creuse lorsque les femmes font partie d'un couple avec trois enfants de moins de trois ans : le taux d'activité des femmes chute alors à 43,3 % contre 88,3 % pour les hommes ; en matière de condition de travail, il existe encore un écart de salaire important entre les femmes (19,2 % pour les secteurs privé et public), entraînant un écart de retraite de 37 % en moyenne ; en matière d'accès aux fonctions politiques et aux postes de responsabilités, les hommes sont encore majoritairement présents au sein des fonctions les plus importantes, telles que celles de député (seulement 26,9 % de femmes), de sénateur (22,3 % de femmes), de président de conseil régional (17,6 % de femmes), de président de conseil départemental (9,9 % de femmes), de maire (16 % de femmes), de président directeur général dans les sociétés cotées en bourses (0 % de femmes, de membre exécutif de ces sociétés (13 % de femmes) ; en matière culturelle et sportive, les femmes représentent par exemple une part moindre des licenciés dans les fédérations sportives (37,3 % de femmes contre 62,7 % d'hommes).

¹⁸¹⁰ DAUPHIN Sandrine, *L'État et les droits des femmes. Des institutions au service de l'égalité*, Rennes, PUR, 2010, p. 77 et s.

¹⁸¹¹ Voir encore récemment le rapport du Comité CEDEF relatif à la France, qui encourage à l'adoption de telles mesures : « Le Comité recommande à l'État partie de prendre des mesures temporaires spéciales pour répondre aux besoins urgents des femmes appartenant à des groupes défavorisés dans des domaines tels que la vie politique, l'éducation, l'emploi et la santé » (Comité CEDEF, observations finales concernant le rapport de la France, 64^e session, CEDAW/C/FRA/CO/7-8, 25 juillet 2016, point 16).

étant « présumée »¹⁸¹². Elle légitime au contraire pleinement la différence de traitement des femmes et des hommes qui sont considérés comme étant dans les faits placés dans des situations inégales¹⁸¹³.

576. Cette évolution du droit de la non-discrimination est congruente avec les nombreux travaux théoriques relatifs à l'égalité des sexes, majoritairement anglo-saxons, qui ont, depuis les années 1980, mis en évidence les écueils de l'égalité formelle¹⁸¹⁴ : la résolution des inégalités de fait nécessiterait, à rebours d'une interprétation de l'égalité comme indifférenciation, la prise en compte de la différence des sexes par le droit. Plus précisément, ces travaux distinguent la différence des sexes de la hiérarchie entre les sexes : la résolution des inégalités de fait nécessite non pas de remettre en cause la première, la « classification » entre les sexes, mais plutôt la seconde, la « subordination » des femmes aux hommes et la dévalorisation des rôles sociaux féminins par rapport aux rôles sociaux masculins¹⁸¹⁵. Susanne Baer affirme en ce sens que : « L'évolution vers l'égalité substantielle peut être considérée comme une évolution allant d'une compréhension de la discrimination comme différence [...] à une compréhension de la discrimination comme désavantage »¹⁸¹⁶. Nier les différences existant dans les faits entre les sexes reviendrait à occulter que ces différences se manifestent précisément sous la forme d'une hiérarchie entre les sexes. Catharine MacKinnon fait également référence à un changement de paradigme dans la compréhension des inégalités entre les sexes : « Le nouveau paradigme va au-delà de l'opposition entre identité et différence, pour intégrer la subordination et la domination qui ont toujours été le réel problème des inégalités »¹⁸¹⁷. Selon cette conception, il n'est dès lors plus question d'opposer l'égalité à la différence des sexes, mais bien d'opposer l'égalité à la hiérarchie de genre¹⁸¹⁸. La réalisation de l'égalité des sexes nécessiterait non pas de remettre en cause la distinction entre les sexes, mais de remettre en cause le genre entendu comme la hiérarchisation des rôles sociaux de sexe¹⁸¹⁹, non naturelle car construite au gré des rapports de

¹⁸¹² MARTENET Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Bruxelles, Paris, Zurich, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2003, p. 40.

¹⁸¹³ Recommandation n° 25 du Comité CEDEF, point 8.

¹⁸¹⁴ LOENEN Titia, BOLAIN Nancy, « L'égalité des sexes ? Un droit fondamental à repenser », *Les Cahiers du GRIFF*, n° 48, 1994, p. 45.

¹⁸¹⁵ BAER Susanne, « Liberty, dignity, equality : a fundamental rights triangle of constitutionalism », *University of Toronto Law Journal*, Vol. 59, n° 4, 2009, p. 427.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 455.

¹⁸¹⁷ MACKINNON Catharine, *Women's lives, men's laws*, Harvard University Press, 2005, p. 53-55.

¹⁸¹⁸ MACKINNON Catharine, *Le féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi*, Paris, Des femmes-Antoinette Fouques, 2005, p. 45.

¹⁸¹⁹ Voir la définition de la notion de « genre » retenue par le Comité CEDEF, recommandation générale n° 25, 2004 : « La notion de sexe est considérée dans sa dimension sociale et non pas uniquement biologique. C'est une construction idéologique et culturelle qui trouve néanmoins son expression dans le domaine des pratiques concrètes dont elle influence également les résultats. Elle influe sur la participation aux ressources, des biens et du travail, sur la participation aux prises de décisions et au pouvoir politique, ainsi que sur la jouissance des droits au sein de la famille et dans la vie publique. En dépit des variations entre les cultures et dans le temps, les rapports entre les sexes se caractérisent dans le monde entier par un partage asymétrique du pouvoir entre les hommes et les femmes. Ainsi, le sexe est-il un facteur de stratification sociale et ce, au même titre que la race, la

pouvoir¹⁸²⁰. De ce point de vue, ce n'est pas tant la différence des sexes qui est problématique mais bien, dans une perspective déconstructiviste, la manière dont elle est prise en compte pour établir le genre et justifier ainsi les inégalités entre les sexes¹⁸²¹. Or, une telle remise en cause implique que le droit reconnaisse et prenne en compte l'existence de cette hiérarchisation des rôles sociaux construite majoritairement au détriment des femmes. Pour certaines auteures, la prise en compte par le droit de la différence des sexes devrait même aller jusqu'à la revalorisation par le droit des rôles sociaux remplis majoritairement par les femmes, à savoir les fonctions liées au *care*¹⁸²². En tout état de cause, ces auteures ont en commun de considérer la réalisation de l'égalité des sexes comme impliquant la remise en cause des rôles sociaux hiérarchisés, non plus seulement au sein du droit, mais également dans la société, au moyen du droit.

577. À partir de ce cadre théorique, on souhaiterait ici montrer que le droit de la non-discrimination français, sous l'influence du droit international et européen, tend aujourd'hui à la réalisation de cet objectif impliquant de saisir la différence des sexes dans sa forme hiérarchique : le genre. Certes, les acteurs du droit français se sont plutôt montrés hostiles à l'intégration de la notion de « genre »¹⁸²³. Si le Conseil constitutionnel a pu faire référence à la notion dans la partie de la décision du 12 janvier 2002 relative aux actions positives en faveur de la présence des femmes dans les jurys de concours¹⁸²⁴, l'usage de ce terme apparaît plutôt fortuit¹⁸²⁵, car il n'a jamais réitéré lors de formulations similaires¹⁸²⁶. Le rejet de l'emploi du terme de « genre » se manifeste également à travers le refus des instances françaises de traduire les textes juridiques européens mentionnant l'expression « *gender equality* » par l'expression « égalité de genre »¹⁸²⁷. Ce renoncement à l'emploi du terme « genre » pour traduire celui de « *gender* » va d'ailleurs dans le

classe, l'appartenance ethnique, la sexualité et l'âge. On comprend dès lors mieux la représentation sociale des identités sexuelles et la structure inégalitaire du pouvoir qui caractérise les relations entre les sexes ».

¹⁸²⁰ FLAX Jane, « Beyond equality : gender, justice and difference », in BOCK Gisela, JAMES Susan, *Beyond equality and difference : citizenship, feminist politics and female subjectivity*, London, New York, Routledge, 1992, p. 193 : « Gender connotes and reflects the persistence of asymmetric power relations rather than "natural" (biological/anatomical) differences » ; MACKINNON Catharine, « Substantive equality : a perspective », *Minnesota Law Review*, Vol. 96, n° 1, 2011-2012, p. 12 : « Gender is the unequal social system attributed to sex, the central myth of which is that gender hierarchy is natural ».

¹⁸²¹ SCOTT Joan, « Le genre : une catégorie utile d'analyse historique », *Cahiers du GRIFF*, 1988, p. 56 : « Le genre est un élément constitutif de rapports sociaux fondés sur des différences perçues entre les sexes ».

¹⁸²² GILLIGAN Carol, *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Paris, Flammarion, 2008.

¹⁸²³ Voir par exemple le rejet par les parlementaires en 2012 de l'intégration de la notion d'« identité de genre » comme motif de discrimination (désormais intégrée depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle). La crainte de l'introduction de la notion de genre en droit français avait conduit les parlementaires à lui préférer celle d'« identité sexuelle » (voir les débats parlementaires relatifs à la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel et notamment la séance du 12 juillet 2012 au Sénat, p. 2128).

¹⁸²⁴ Cons. constit., 12 janvier 2002, n° 2001-455, loi de modernisation sociale, cons. 115.

¹⁸²⁵ CHARRUAU Jimmy, « L'introduction de la notion de genre en droit français », *RFDA*, 2015, p. 127.

¹⁸²⁶ Cons. constit., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, cons. 15.

¹⁸²⁷ Pour prendre un exemple parmi beaucoup d'autres : la résolution du Parlement européen de février 2016 intitulée en anglais « *the new strategy for women's rights and gender equality post 2015* » a été traduite en français sous le titre « nouvelle stratégie en faveur des droits des femmes et de l'égalité entre les femmes et les hommes en Europe après 2015 » (résolution 2016/2526 du 3 février 2016).

sens des recommandations de la Commission générale de terminologie et de néologie. Celle-ci considère en effet que le terme « genre », dans son acception liée à la différence des sexes, ne correspond à aucun besoin de la langue française, car le terme « sexe » est parfaitement adapté « pour exprimer la différence entre hommes et femmes, y compris dans sa dimension culturelle »¹⁸²⁸. L'emploi du terme « genre » doit par conséquent être réservé, selon la Commission, pour désigner le genre au sens « grammatical » du terme. Mais la réserve quant à l'usage de la notion n'est pas seulement liée à des considérations purement terminologiques : le rejet du terme traduit une réticence certaine à admettre le concept, en somme, à considérer le caractère construit des différences entre les sexes. Nombre de juristes et de parlementaires craignent en effet que l'introduction de la notion de « genre » en droit français ne conduise à conforter l'idéologie du « *gender* », qui risquerait, en diffusant l'idée de la construction sociale de la différence des sexes, de remettre en cause cette dernière¹⁸²⁹. Toutefois, le « genre » ne saurait être réduit à une idéologie à laquelle le droit français serait hermétique. Compris comme la construction sociale et hiérarchique des identités masculines et féminines, le concept de genre a en effet, malgré les réticences susmentionnées, une influence incontestable sur l'évolution du droit de la non-discrimination, en droit international et européen, mais aussi en droit français.

578. Dans certaines configurations, le droit de la non-discrimination a en effet évolué pour remettre en cause les rôles sociaux inégalitaires traditionnellement attribués aux femmes et aux hommes. Certaines différences autrefois considérées comme naturelles apparaissent désormais comme discriminatoires, en luttant contre les représentations sociales qui sont au fondement de ces discriminations : les stéréotypes de genre¹⁸³⁰. Ceux-ci peuvent être définis comme « les constructions sociales et culturelles différenciant les hommes et les femmes sur la base de critères physiques, biologiques, sexuels et de fonctions sociales qui seraient propres aux hommes ou aux femmes »¹⁸³¹. C'est par exemple « l'idée traditionnelle selon laquelle ce seraient les femmes qui s'occuperaient de la maison et des enfants tandis que les hommes travailleraient à l'extérieur pour

¹⁸²⁸ Commission générale de terminologie et de néologie, recommandation sur les équivalents français du mot « *gender* » du 27 juillet 2005.

¹⁸²⁹ BINET Jean-René, « Une mise en œuvre juridique de l'idéologie du *gender*? », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant*, Institut Famille et République, 2016, p. 99. Sur la critique de l'introduction des études de genre en droit français, voir HAUTEBERT Joël, *Le droit à l'épreuve du genre*, Limoges, PULIM, 2016.

¹⁸³⁰ TIMMER Alexandra, « Toward an Antistereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, p. 715 : « *Stereotypes tend to fixate gender identities and gender roles and make them appear as real, universal, eternal, natural, essential and for, unchangeable* ».

¹⁸³¹ ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre, “vieilles lunes” ou nouvelles perspectives pour le droit? », in REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 94-95. L'auteure retient trois types de stéréotypes de genre qui différencient hommes et femmes : premièrement, les croyances liées aux qualités intellectuelles et psychiques : « À la rationalité et la détermination masculines s'opposeraient la sensibilité et l'irrationalité féminines » ; deuxièmement, celles concernant les aptitudes physiques : « À la force masculine s'opposerait la fragilité féminine » ; troisièmement, la distinction des fonctions sociales : « L'homme le soutien du foyer et la femme la gardienne de celui-ci ».

gagner de l'argent»¹⁸³². De telles représentations ont trouvé une traduction juridique dans les inégalités de traitement précédemment étudiées : ce n'est pas en effet en raison des différences biologiques entre les sexes que les femmes ont été privées de droits, mais bien parce que ces différences ont donné lieu à une représentation hiérarchisée des rôles de genre. L'appréhension des stéréotypes par le droit permet dès lors de repenser les discriminations, dans une perspective structurelle, comme issues d'un ordre social qui organise les représentations des rôles sexués, intégrés inconsciemment par chaque individu, des « structures incorporées »¹⁸³³. Cette conception se départit d'une approche strictement individuelle et formelle des discriminations : les inégalités de genre sont structurelles en ce qu'elles prennent leur racine dans les représentations sexuées et manifestent la prégnance de la domination masculine¹⁸³⁴. La reconceptualisation de la notion de discrimination non plus comme *un désavantage formel*, mais comme un *désavantage touchant dans les faits les femmes et les hommes de manière asymétrique*¹⁸³⁵, participe précisément de la prise en compte par le droit de la hiérarchie de genre.

579. La présente démonstration n'a cependant pas pour ambition de décrire une évolution linéaire, cohérente du droit de la non-discrimination, dans un sens unique de la lutte contre la hiérarchie de genre. Au contraire, un tel mouvement s'avère incomplet, fait de tendances partielles et de résistances : le droit de la non-discrimination ne remet pas en cause tous les stéréotypes de genre, mais uniquement ceux qui créent des « hiérarchies dans les rapports sociaux de sexe » et « conduisent à occulter les caractéristiques ou aspirations personnelles des individus, aboutissant ainsi à méconnaître les droits et libertés »¹⁸³⁶. De ce point de vue, les acteurs du droit français semblent aller dans le sens de certains auteurs, à l'instar de Janet Halley, qui préconise d'éviter la « paranoïa structuraliste » consistant à penser tous les rapports entre les hommes et les femmes et tous les rôles sociaux sexués dans une logique de domination¹⁸³⁷. La thèse cherche dès lors surtout à mettre en évidence les cas, les exemples, dans lesquels l'interprétation du principe d'égalité génère un raisonnement juridique qui s'appuie sur la différence des sexes pour lutter contre les inégalités de fait. Il est donc avant tout question de montrer que le langage du droit

¹⁸³² CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c/ Russie*, n° 30078/06, point 119.

¹⁸³³ BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸³⁴ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, p. 3 et 10.

¹⁸³⁵ LOENEN Titia, BOLAIN Nancy, « L'égalité des sexes ? Un droit fondamental à repenser », *op. cit.*, p. 63. L'approche asymétrique conduit à reconnaître que « d'un point de vue historique, l'interdiction de la discrimination est apparue en réaction à la subordination et à l'assujettissement des femmes et non des hommes. Les différenciations établies sur la base du sexe ont toujours été utilisées au détriment des femmes et ont conduit à leur exclusion, non à celle des hommes. Une approche contextuelle du concept de la discrimination doit avant tout être envisagée comme une approche orientée vers la protection des groupes "vulnérables" : les groupes qui ont été exposés et/ou le sont encore à des traitements désavantageux structurels et complexes, à des formes souvent subtiles de discrimination systémique et non à des traitements désavantageux isolés et fortuits ».

¹⁸³⁶ COOK Rebecca, CUSACK Simone, *Gender Stereotyping. Transnational legal perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010, p. 20.

¹⁸³⁷ HALLEY Janet, « Le genre critique : comment (ne pas) genrer le droit ? », *Jurisprudence-Revue critique*, 2011, p. 109-132.

tend à admettre de plus en plus que la concrétisation de l'égalité entre les femmes et les hommes nécessite, simultanément, à la fois de prendre en compte et de remettre en cause le genre.

580. Le propos se divisera en deux temps, correspondant à deux manifestations de l'évolution du droit de la non-discrimination – certes indissociables. La première partie de la démonstration portera sur la manière dont la définition de la discrimination a évolué de façon à prendre en considération des inégalités de fait désavantageant majoritairement les femmes (chapitre I). En prolongement, le second temps de la démonstration s'attachera à montrer la propension des acteurs du droit de la non-discrimination à agir dans une perspective de transformation des rôles sociaux hiérarchisés, en particulier à travers la lutte contre les stéréotypes de genre (chapitre II).

Chapitre I. L'appréhension de la dimension genrée du phénomène discriminatoire

582. La prise en compte, par le droit de la non-discrimination, de la persistance de la hiérarchie de genre dans les faits, s'est manifestée par l'évolution de la notion de discrimination fondée sur le sexe. La discrimination directe désigne la différence de traitement illégitime fondée sur un critère spécifique, tel que le sexe. L'interdiction des discriminations directes n'a donc normalement pas d'égard pour les différences de *situation* entre les sexes, puisqu'elle se concentre sur les différences de *traitement* illégitimes. Elle peut ainsi être appréhendée comme une application « active » de l'égalité formelle¹⁸³⁸, qui part du principe que les femmes et les hommes sont placés dans des situations similaires. Mais on observe une évolution de cette compréhension classique de la notion de discrimination, qui tend désormais à prendre en compte le fait que les femmes et les hommes ne sont pas toujours dans des situations similaires. La discrimination est alors constituée précisément car, dans les faits, les deux sexes sont dans des situations inégales, différentes *et* hiérarchisée. Certains modes de raisonnement juridiques – à travers notamment l'appréhension des discriminations indirectes – tendent dès lors à admettre le caractère asymétrique des discriminations, à savoir, le fait que les femmes soient dans les faits majoritairement désavantagées par rapport aux hommes, en raison du « genre » entendu comme la répartition hiérarchique des rôles sociaux. Les femmes sont par exemple majoritairement présentes dans les emplois précaires – et donc moins bien rémunérées – par rapport aux hommes, en raison du fait qu'elles « concilient » davantage que ces derniers le travail domestique et le travail professionnel.

¹⁸³⁸ Il ne s'agit pas de nier que le principe d'égalité et le principe de non-discrimination sont deux principes distincts, qui impliquent des modes de raisonnement différents de la part des juges, notamment car le second est « plus restrictif dans sa définition et son domaine d'application » (CREDESPO, *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, rapport final réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Université de Bourgogne, juin 2016, p. 102 ; voir aussi DENIS Martin, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 512). Ainsi, pour Rémy Henu : « Les modèles d'égalité déterminent les critères pertinents d'appréciation, alors que la non-discrimination consiste principalement à interdire l'utilisation de critères inconciliables avec la logique même du système juridique » (HERNU Rémy, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003, p. 20). Mais il convient d'insister sur la complémentarité entre ces deux notions : si l'égalité formelle est le traitement identique des personnes placées dans des situations similaires, l'interdiction des discriminations directes est son corollaire, en prohibant les différences de traitement pris en fonction de critères spécifiques. Ainsi, en matière d'égalité des sexes, la rupture des règles prévoyant l'égalité est considérée comme une discrimination, en particulier lorsque les juges français se fondent sur le droit de l'Union européenne : « Le principe de l'égalité de traitement [...] implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe » (article 2-1 de la directive 76/207/CEE du 9 février 1976). Voir ROBIN-OLIVIER Sophie, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999, p. 18 : « La distinction entre l'interdiction des discriminations et l'exigence d'égalité disparaît si l'on considère que la conception de l'interdiction des discriminations, limitée à l'interdiction de toute différence de traitement se traduit, en termes positifs, par les termes d'égalité formelle ou abstraite. L'interdiction des discriminations correspond alors à une certaine conception de l'égalité, non à une notion distincte ».

583. Certes, l'approche initiale de la non-discrimination, par la construction de « critères » discriminatoires, repose aussi sur une logique de reconnaissance des groupes majoritairement désavantagés – tout du moins au niveau du discours du législateur – et tend à une « protection des catégories vulnérables »¹⁸³⁹. Mais l'évolution du droit de la non-discrimination a conduit la logique différencialiste encore plus loin, en forçant le constat explicite que, malgré la consécration de l'égalité formelle, les femmes sont dans les faits placées dans des situations inégales par la perpétuation des rôles sociaux hiérarchisés. Un changement de paradigme a dès lors opéré dans la compréhension des discriminations : la discrimination n'est plus seulement caractérisée par la différence de traitement fondée sur le sexe, mais également par la norme ou la pratique qui désavantage les femmes dans les faits, précisément car elles sont placées, en tant que femmes, dans des situations différentes¹⁸⁴⁰.

584. Une telle évolution de la notion de discrimination fondée sur le sexe implique de repenser le processus de comparaison qui est à la base du fonctionnement du principe juridique d'égalité : d'abord au niveau de la comparabilité des situations ; ensuite, au niveau de la différence de traitement¹⁸⁴¹. L'application du principe d'égalité suppose que les situations comparées soient jugées dans un premier temps comparables. Mais ce processus de comparaison a fait l'objet de nombreuses remises en question sur le plan théorique, qui ont permis de mettre en évidence ses insuffisances politiques et logiques¹⁸⁴². Ce sont surtout les critiques adressées par les théories critiques de l'identité – notamment par la théorie féministe du droit à partir des années 1980 (*Feminist Legal studies*)¹⁸⁴³ – qu'il convient plus particulièrement de retenir pour la présente analyse. Celles-ci ont souligné deux principaux écueils liés au processus de comparaison entre les sexes inhérent à l'application de l'égalité formelle. En premier lieu, nombre d'auteurs ont avancé que l'exigence de traiter les femmes de la même façon que les hommes – en leur accordant des droits

¹⁸³⁹ LOCHAK Danièle, « La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen », in TSUJIMURA Miyoko et LOCHAK Danièle, *Égalité des sexes : la discrimination positive en question*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 45.

¹⁸⁴⁰ MACKINNON Catharine, *Le féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi*, op. cit., p. 49.

¹⁸⁴¹ THARAUD Delphine, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 37. L'auteure distingue, lors du contrôle d'égalité effectué par les juges, entre le « filtre de la comparabilité », qui permet aux juges de décider si les situations en cause sont ou non similaires, et le test de comparaison, qui renvoie au contrôle de la différence de traitement.

¹⁸⁴² WEST Robin, *Re-imagining justice. Progressive interpretations of formal equality, rights and the rule of law*, Ashgate, 2003, p. 120. Selon le courant du réalisme juridique (*Legal Realism*), qui s'est développé aux États-Unis dans la première moitié du XX^e siècle, le test de comparabilité occulte le choix politique fait par les juges lorsqu'ils décident que deux situations sont ou non comparables. Pour ces auteurs, les juges devraient assumer qu'ils ont un rôle politique équivalent, en termes de justice sociale, à celui du législateur lorsqu'ils appliquent le principe d'égalité. Une telle critique s'apparente à celle formulée par l'École critique du droit (*Critical Legal Studies*) qui a émergé dans les années 1970. Celle-ci insiste encore davantage sur l'aspect illusoire de l'égalité formelle, dû au caractère incomplet et indéterminé du raisonnement des juges : l'application de l'égalité formelle peut en effet conduire à une solution comme à son contraire. Ce fut le cas, par exemple, dans les arrêts *Plessy v. Ferguson* de 1896 et *Brown v. Board of Education* de 1954 de la Cour suprême des États-Unis, relatifs à la ségrégation : le contraste entre les deux décisions souligne le caractère relatif et contingent des catégories comparables – dans le premier cas, les Noirs et les Blancs ne sont pas considérés comme étant dans des situations comparables alors que, dans le second cas, ils le sont (voir FREEMAN Alan, « Legitimizing racial discrimination through antidiscrimination law : a critical review of Supreme Court doctrine », *Minnesota Law Review*, Vol. 62, 1978, p. 1050).

¹⁸⁴³ CONAGHAN Joan, *Feminist Legal Studies*, Routledge, 2009.

dont elles ont été exclues – renforçait l'idée d'un standard de référence masculin¹⁸⁴⁴. Cette exigence implique en effet, par l'application du test de comparabilité, que les femmes se trouvent dans des situations similaires à celles des hommes, obligeant celles-ci à se conformer aux normes masculines pour pouvoir jouir des mêmes droits¹⁸⁴⁵. Par exemple, l'accès à l'emploi dans des conditions exactement identiques à celles des hommes – et notamment quant au temps de travail – implique pour les femmes de renoncer au rôle social qui leur est majoritairement dévolu, à savoir la prise en charge de l'éducation des enfants et de la vie domestique en général. Dès lors, un tel processus exclut des mêmes conditions de travail les femmes qui ne peuvent se conformer au modèle masculin, en raison de leur participation majoritaire au travail domestique¹⁸⁴⁶ et, surtout, il « normalise et universalise la relative sous-participation des hommes dans l'éducation des enfants »¹⁸⁴⁷. En second lieu, le test de comparabilité entre les femmes et les hommes pose problème, précisément car les inégalités de fait rendent les situations des femmes et des hommes incomparables¹⁸⁴⁸. Les femmes et les hommes se trouvent en effet parfois dans des situations différentes ou inégales, au regard de leurs différences biologiques – la grossesse et la maternité – ou sociales – leur présence majoritaire au sein de la sphère familiale ou encore le fait qu'elles soient davantage victimes de violences sexuelles. L'exigence de comparabilité liée à l'application de l'égalité formelle tend ainsi à occulter les situations de fait vécues uniquement ou majoritairement par les femmes, précisément car celles-ci ne peuvent pas être comparées avec celles des hommes. En d'autres termes, la notion traditionnelle de discrimination appréhendée de façon *symétrique* – comme touchant de la même façon les deux sexes – dissimule le caractère *asymétrique* des inégalités de fait touchant majoritairement les femmes, ce qui constitue un frein pour la réalisation de l'égalité réelle¹⁸⁴⁹.

585. Ces critiques ont donc mis en évidence que la négation des différences de fait entre les sexes, provenant de l'interprétation formelle du principe d'égalité, entravait la réalisation de

¹⁸⁴⁴ PALMER Stephanie, « Feminism and the promise of Human Rights : possibilities and paradoxes », in James Susan, Palmer Stephanie, *Visible Women, Essays on Feminist Legal Theory and Political Philosophy*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. : « It became clear that the comparison was constructed on the basis of specific male attributes. Unsurprisingly then, norms of formal equality (that women should never be treated differently from men) have sometimes impaired, rather than advanced the claim for equality in substantive terms. Law's promised objectivity masks the privileging of male perspectives ».

¹⁸⁴⁵ WEST Robin, *Re-imagining justice. Progressive interpretations of formal equality, rights and the rule of law*, op. cit., p. 126.

¹⁸⁴⁶ FREDMAN Sandra, *Women and the law*, Oxford University Press, 1997 : p. 15 : « The problem with relying in this way on a male norm is that the existing values in a male-dominated world are accepted without challenge, and women are required to compete on their terms. For example, women with child-care obligations are simply unable to conform to working patterns which assume that the family obligations of the worker are dealt with outside of the market ».

¹⁸⁴⁷ WEST Robin, *Re-imagining justice. Progressive interpretations of formal equality, rights and the rule of law*, op. cit., p. 126.

¹⁸⁴⁸ LITTELTON Christine, « Reconstructing sexual equality », *California Law Review*, Vol. 75, 1987, p. 1285.

¹⁸⁴⁹ WEST Robin, *Re-imagining justice. Progressive interpretations of formal equality, rights and the rule of law*, op. cit., p. 126 : « Equal treatment, in other words, can have a severe impact on a subordinated group's substantive equality, wherever that group is in point of fact differently situated ».

l'égalité réelle¹⁸⁵⁰. Or, l'évolution du droit de la non-discrimination, au niveau international, européen et français, fait précisément écho à ces critiques, en remettant en question le processus de comparaison, de deux manières. D'un côté, le droit qualifie de discriminations directes des phénomènes qui touchent exclusivement ou majoritairement les femmes, tels les désavantages liés à la grossesse et à la maternité ou le harcèlement sexuel. L'absence de comparabilité des situations n'empêche pas la reconnaissance du caractère discriminatoire de ces désavantages. Plus encore, les juges et le législateur admettent dans ce cas le caractère asymétrique des discriminations : certains désavantages, parce qu'ils touchent exclusivement ou majoritairement les femmes, sont qualifiés de discriminations. De l'autre côté, le droit a en partie intégré la notion de discrimination indirecte, qui permet aux juges de reconnaître qu'une mesure, dont l'énoncé est neutre quant au sexe, est susceptible d'engendrer, en pratique, un désavantage plus grand pour un sexe que pour l'autre. Dans ces deux configurations, le constat du désavantage amène les acteurs juridiques à intégrer que les femmes et les hommes ne sont pas placés, dans les faits, dans des situations similaires, notamment en raison de leurs rôles sociaux différenciés. Mais dans le premier cas, l'objet évalué par le juge pour déceler l'effet défavorable est le *traitement direct*, tandis que dans le second cas, l'objet évalué est la *conséquence indirecte* du traitement.

586. Il ne faudrait toutefois pas croire que le droit français adopte de manière totale et cohérente cette logique nouvelle. Le raisonnement des acteurs juridiques demeure en grande partie attaché à une approche symétrique de la discrimination fondée sur le sexe, qui touche théoriquement autant les hommes que les femmes : « Selon le “modèle français d'égalité”, il n'y a *a priori* pas de groupes désavantagés »¹⁸⁵¹. Si l'adoption d'une approche asymétrique des discriminations – la prise en compte des femmes comme groupe structurellement désavantagé – est évidente dans les politiques publiques, elle l'est ainsi beaucoup moins dans les textes juridiques interdisant la discrimination. Ces textes prohibent, à travers une formulation neutre, la prise en compte du critère du « sexe », mais ne protègent pas expressément les « femmes » en tant que groupe défavorisé. Bien que le critère du sexe demeure un critère de discrimination symétrique dans les énoncés juridiques, le mode de raisonnement des juges a toutefois évolué dans certaines configurations pour admettre sa dimension asymétrique.

¹⁸⁵⁰ RHODE Deborah, « The politics of paradigms : gender difference and gender disadvantage », in Phillips Anne, *Feminism and Politics*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 150 : « Yet the exaggeration of gender difference served to legitimate gender hierarchy, the denial of gender difference had similar consequences. Women's special vulnerability to sexual violence, harassment and economic dependence was, for the most part, politely overlooked ».

¹⁸⁵¹ MARTIN Philippe, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 63, n° 3, 2011, p. 590.

587. Ce sont donc ces évolutions notables, même si encore partielles, qu'il s'agira de mettre en évidence dans le présent chapitre. L'ensemble de ces évolutions de la notion même de discrimination fondée sur le sexe a donné lieu à deux manifestations principales : d'une part, la reconnaissance du caractère discriminatoire de certains désavantages considérés comme asymétriques car subis uniquement ou majoritairement par les femmes (section I) et, d'autre part, l'émergence de la notion de discrimination indirecte, dont la reconnaissance implique la prise en compte des inégalités de fait entre les sexes (section II).

Section I. L'impossible comparabilité : la reconnaissance de la dimension asymétrique des inégalités

588. Le raisonnement des interprètes de l'égalité s'est en partie détaché d'une approche strictement symétrique et abstraite des discriminations fondées sur le sexe¹⁸⁵². Ils prennent ainsi davantage en compte, dans une approche plus contextuelle, l'aspect hiérarchique des inégalités : ces dernières, loin de toucher de la même manière les deux sexes, désavantagent beaucoup plus les femmes dans les faits. En droit international, la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 est ainsi fondée sur une « conception asymétrique »¹⁸⁵³ des discriminations¹⁸⁵⁴, comme en témoigne cette recommandation du Comité CEDEF : « La Convention vise essentiellement la discrimination à l'égard des femmes, soulignant qu'elles ont souffert et continuent de souffrir de diverses formes de discrimination simplement à cause de leur sexe »¹⁸⁵⁵.

589. Une telle perspective a conduit le droit international, mais aussi le droit européen et le droit français à qualifier de discriminatoires des phénomènes qui touchent, de façon négative, exclusivement ou majoritairement les femmes, tels les désavantages liés à la grossesse et à la maternité, le harcèlement sexuel ou encore les violences sexuelles. Le corps des femmes est en effet particulièrement exposé à certains faits biologiques – comme la grossesse et l'accouchement – mais aussi à certains phénomènes sociaux désavantageux – tels que la négation de la maîtrise par les femmes de leurs facultés procréatives ou la perpétration d'abus et de violences sexuels. Des auteurs ont ainsi souligné le lien entre ces phénomènes sociaux et la construction des représentations et des préjugés sur le corps des femmes : celui-ci est traditionnellement assigné à la reproduction et il est communément considéré comme sexuellement disponible pour les hommes¹⁸⁵⁶. Une appréhension de ces phénomènes sous l'angle des discriminations implique par

¹⁸⁵² LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 105 : « Le fait d'être une femme peut influencer ou dicter le type de persécution ou de préjudices subis, ainsi que les raisons du traitement subi. C'est en tant que femmes que certaines sont l'objet de violences spécifiques telles que le viol, le harcèlement sexuel, la torture sexuelle, la stérilisation ou la grossesse forcée. Et c'est aussi en tant que femmes que celles qui transgressent ou refusent les lois, normes, rôles, contraintes, discriminations qui leur sont imposés sont persécutées ou craignent de l'être ».

¹⁸⁵³ La CEDEF, par son intitulé même, prend acte du fait que les discriminations fondées sur le sexe touchent dans les faits majoritairement les femmes. Elle énonce ainsi que la réalisation de l'égalité des droits entre les sexes, doit être entendue dans un sens réel et non pas seulement formel (NIVARD Carole, « La Convention, un outil pour l'égalité », in ROMAN Diane, *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, PEDONE, 2014, p. 111).

¹⁸⁵⁴ CEDEF, adoptée le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981 : « Rappelant que la discrimination à l'encontre des femmes viole les principes de l'égalité des droits et du respect de la dignité humaine, qu'elle entrave la participation des femmes, dans les mêmes conditions que les hommes, à la vie politique, sociale, économique et culturelle de leur pays, qu'elle fait obstacle à l'accroissement du bien-être de la société et de la famille et qu'elle empêche les femmes de servir leur pays et l'humanité dans toute la mesure de leurs possibilités ».

¹⁸⁵⁵ Recommandation générale n° 25 du Comité CEDEF, point 5.

¹⁸⁵⁶ ROMAN Diane, « Le corps des femmes. Autonomie et intégrité corporelles dans la Convention », in ROMAN Diane, *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, op. cit. p. 183.

conséquent que le droit se départisse du test de comparabilité entre les sexes, car, comme le soutient Catharine MacKinnon : « Comparativement peu d'hommes sont violés et aucun homme ne se voit refuser l'avortement : la comparaison entre les sexes est par conséquent impossible »¹⁸⁵⁷.

590. Le droit assume ainsi en partie que les femmes ne sont pas, dans de tels contextes, dans des situations comparables aux hommes en matière d'inégalités. La qualification, opérée par le juge ou par le législateur, comme discriminations de certains phénomènes désavantageant majoritairement ou exclusivement les femmes, a permis de rendre visibles ces phénomènes asymétriques qui n'étaient pas auparavant appréhendés par le droit ou peu sanctionnés. Mais si le droit admet que certains désavantages spécifiques aux femmes puissent constituer des discriminations (I), il semble toutefois encore réticent à reconnaître que certaines discriminations sont spécifiques à certaines catégories de femmes (II).

I. La reconnaissance par le droit des discriminations spécifiques aux femmes

591. Certains traitements juridiques ou faits sociaux ont été appréhendés par les juges ou le législateur comme des discriminations car ils désavantageaient spécifiquement les femmes. Une telle qualification ne concerne cependant que certains types de faits ou de traitements : si les désavantages liés à la grossesse et au harcèlement sexuel ont été reconnus comme discriminatoires (A), ce n'est pas le cas d'autres phénomènes sociaux asymétriques, tels que la prostitution. La reconnaissance de leur dimension genrée au niveau international et interne n'a pas suffi à conduire à la qualification de discrimination (B).

A. Les désavantages fondés sur la grossesse et le harcèlement sexuel reconnus comme discriminations

592. La reconnaissance du caractère discriminatoire de certains désavantages asymétriques s'est manifestée de plusieurs manières : elle a parfois pris la forme de l'introduction par le législateur de nouveaux critères de discrimination, comme ceux de la grossesse ou de la maternité ; mais elle a aussi parfois découlé du raisonnement du juge qui s'est fondé sur le critère du sexe en se départissant du processus classique de comparaison¹⁸⁵⁸. Une telle reconnaissance a cependant été largement influencée par le droit de l'Union européenne, ce qui n'a d'ailleurs pas manqué de

¹⁸⁵⁷ MACKINNON Catharine, « Substantive equality : a perspective », *op. cit.*, p. 1297.

¹⁸⁵⁸ Sur la question de l'extension des critères de discrimination : MÉDARD-INGHILTERRA Robin, « L'inégale multiplication des critères de discrimination : conséquences et modalités d'harmonisation éventuelles », intervention au colloque international pluridisciplinaire organisé par le Défenseur des droits et la Mission de recherche Droit et Justice, *Multiplication des critères de discrimination : enjeux, effets et perspectives*, Paris, 18-19 janvier 2018 (publication à paraître).

susciter certaines résistances en France. Plus précisément, si les juges et le législateur ont assez bien accepté que les désavantages subis sur le fondement de la grossesse puissent constituer des discriminations (1), ils se sont en revanche montrés plus réticents à admettre que le harcèlement sexuel soit qualifié comme tel (2).

1) Le caractère discriminatoire des traitements défavorables liés à la grossesse et la maternité

593. Alors que les femmes sont exclusivement concernées par les traitements défavorables liés à la grossesse (par exemple le licenciement), la reconnaissance par le droit de leur caractère discriminatoire s'est d'abord heurtée au test de la comparabilité. Dans l'affaire *Geduldig v. Aiello* examinée par la Cour suprême des États-Unis en 1974, les juges ont refusé de reconnaître qu'il y avait en l'espèce une discrimination fondée sur le sexe, car les deux sexes n'étaient pas placés dans des situations comparables au regard de la grossesse¹⁸⁵⁹. Le fait que les hommes ne puissent être enceints a mené les juges à refuser d'appliquer l'exigence d'identité de traitement lié au principe d'égalité et donc de reconnaître l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe¹⁸⁶⁰. Si au contraire, comme l'affirme Ruth Colker, « le groupe des personnes enceintes avait inclus à la fois des hommes et des femmes, il aurait été plus aisé pour la Cour d'évaluer la discrimination fondée sur le sexe, elle aurait alors pu déterminer si les femmes enceintes étaient traitées moins favorablement que les hommes enceints. Mais bien sûr, les hommes par définition ne peuvent être enceints »¹⁸⁶¹. La Cour suprême a par conséquent refusé de prendre en considération, pour vérifier l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, la manière dont « la société traite les femmes défavorablement à cause de leur capacité à être enceintes »¹⁸⁶². Pour la Cour, le fait que les femmes et les hommes ne soient pas dans des situations comparables de ce point de vue rend impossible la constatation d'une discrimination fondée sur le sexe¹⁸⁶³. D'autres juridictions suprêmes se sont néanmoins départies d'un tel raisonnement lié à l'interprétation formelle du principe d'égalité.

¹⁸⁵⁹ USSC, 17 juin 1974, *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974). Les juges ont en effet considéré qu'un plan d'État relatif à la prise en compte du handicap en matière d'assurance, qui excluait de son champ d'application la grossesse, ne constituait pas une discrimination fondée sur le sexe.

¹⁸⁶⁰ 417 U.S. 484 (1974) précité : « *While it is true that only women can become pregnant, it does not follow that every legislative classification concerning pregnancy is a sex-based classification* ».

¹⁸⁶¹ COLKER Ruth, « Pregnant men », *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 3-2, 1993, p. 449.

¹⁸⁶² *Ibid.*, p. 451.

¹⁸⁶³ Le législateur étatsunien est toutefois passé outre cette solution jurisprudentielle en amendant le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 par le *Pregnancy Discrimination Act* de 1978, afin d'introduire un nouveau critère de discrimination spécifique à la grossesse (« *sex discrimination on the basis of pregnancy* »).

594. **La reconnaissance du caractère discriminatoire par les juges européens.** Tel est le cas de la Cour suprême du Canada qui, en revenant sur sa jurisprudence antérieure¹⁸⁶⁴, a reconnu dès 1989 le lien entre les désavantages en raison de la grossesse et les discriminations fondées sur le sexe¹⁸⁶⁵. La reconnaissance d'un tel lien impliquait nécessairement pour les juges canadiens de se départir de l'exigence du test de comparabilité entre les situations des femmes et des hommes, pour admettre le caractère potentiellement asymétrique des discriminations fondées sur le sexe : « La discrimination fondée sur la grossesse constitue une forme de discrimination fondée sur le sexe à cause de la réalité biologique que seules les femmes peuvent devenir enceintes »¹⁸⁶⁶. La discrimination fondée sur le sexe n'est dès lors plus considérée comme le traitement différencié des femmes et des hommes, mais bien par le traitement défavorable des femmes enceintes placées, en raison de leur sexe, dans des situations différentes.

595. Ce raisonnement a vite trouvé écho en Europe à l'occasion d'une affaire examinée par la CJCE relative à un refus d'embauche opposé à une femme enceinte¹⁸⁶⁷. Dans l'arrêt *Dekker* rendu en 1990, la Cour de justice admet que, puisque le refus d'embauche pour cause de grossesse ne peut être opposé qu'aux femmes, ce désavantage constitue une discrimination directe fondée sur le sexe¹⁸⁶⁸ contraire à l'article 2-1 de la directive 76/207/CEE. L'employeur défendait au contraire une approche symétrique des discriminations, en faisant valoir que le test de comparabilité ne permettait pas en l'espèce de conclure à une discrimination fondée sur le sexe, puisqu'aucun candidat de sexe masculin ne s'était présenté au poste à pourvoir¹⁸⁶⁹. Mais la Cour de justice rejette ce test de comparaison¹⁸⁷⁰ : le seul fait que l'employeur se soit fondé sur la grossesse de la requérante pour refuser de l'embaucher constitue une décision directement liée au sexe du candidat et donc, une discrimination fondée sur le sexe¹⁸⁷¹. Ce raisonnement est essentiel car il montre que la Cour de justice admet que certaines discriminations fondées sur le sexe désavantagent uniquement les femmes en raison de leurs spécificités et qu'une comparaison avec les hommes n'apparaît pour cette raison pas pertinente.

¹⁸⁶⁴ Cour suprême du Canada, *Bliss c/ Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

¹⁸⁶⁵ Cour suprême du Canada, *Brooks c/ Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

¹⁸⁶⁶ Affaire *Brooks* précitée : « L'argument selon lequel la discrimination fondée sur la grossesse ne peut équivaloir à de la discrimination fondée sur le sexe parce que toutes les femmes ne sont pas enceintes en même temps ne me convainc pas. Quoique la discrimination fondée sur la grossesse ne puisse frapper qu'une partie d'un groupe identifiable, elle ne peut frapper personne en dehors de ce groupe ».

¹⁸⁶⁷ CJCE, 8 novembre 1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker et Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, C-177/88.

¹⁸⁶⁸ Affaire *Dekker* précitée, point 12.

¹⁸⁶⁹ Affaire *Dekker* précitée, point 16.

¹⁸⁷⁰ LANQUETIN Marie-Thérèse, « Violation du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes par l'employeur refusant d'engager une femme enceinte », *Recueil Dalloz*, 1992, p. 288 : « La Cour fait un sort à l'idée fort répandue que la discrimination exigerait toujours une comparaison. À la question de savoir si la réponse serait identique à supposer qu'aucun candidat masculin ne se soit présenté, la Cour répond affirmativement. La discrimination concerne ici une mesure visant le genre féminin dans sa spécificité grossesse/maternité ».

¹⁸⁷¹ Affaire *Dekker* précitée, point 17.

596. Néanmoins, la comparabilité réapparaît plus tard sous la forme d'une comparaison « potentielle ». Dans l'affaire *Ursula Sass* de 2004, qui concernait une femme dont la totalité du congé de maternité (vingt semaines) n'avait pas été prise en compte pour le calcul de son ancienneté¹⁸⁷², la Cour admet qu'un tel désavantage s'apparente à une discrimination fondée sur le sexe. Elle procède en l'espèce au test de comparaison en appréciant que la requérante « atteindra la catégorie de rémunération supérieure seulement douze semaines après un collègue de sexe masculin ayant commencé son travail en ancienne RDA le même jour qu'elle »¹⁸⁷³. Mais si le recours à la comparaison est ici indéniable, il s'agit avant tout d'une comparaison purement *hypothétique*. Qui plus est, elle ne conduit pas à nier la discrimination, mais à constater le désavantage subi par les salariés féminins ayant pris un congé¹⁸⁷⁴. La comparaison hypothétique faite par la Cour de justice va donc dans le sens de la reconnaissance du désavantage subi exclusivement par les femmes en raison de leur congé de maternité¹⁸⁷⁵.

597. Ainsi, pour la Cour de justice, les traitements défavorables touchant les femmes en raison de la maternité – c'est-à-dire enceintes ou ayant accouché – constituent des discriminations fondées sur le sexe, car ils heurtent le principe d'égalité interprété dans un sens substantiel. Le raisonnement suivi par la Cour dans les affaires *Thibault* et *Paquay*, respectivement examinées en 1998¹⁸⁷⁶ et en 2007¹⁸⁷⁷, montre explicitement son attachement à une conception substantielle et non formelle du principe d'égalité, qui nécessite selon elle la sanction des atteintes portées aux

¹⁸⁷² CJCE, 18 novembre 2004, *Land Brandenburg c/ Ursula Sass*, C-284/02. La nouvelle législation allemande prévoyait, à la suite de la réunification, que la prise en compte de huit semaines du congé.

¹⁸⁷³ Affaire *Sass* précitée, point 51. Nous soulignons.

¹⁸⁷⁴ Ainsi, la Cour ne reprend pas le raisonnement de l'avocat général, qui estimait que la comparaison devait être effectuée entre les femmes salariées de l'Allemagne de l'Est et celles de l'Allemagne de l'Ouest, concluant à l'absence de discrimination fondée sur le sexe (voir pour un commentaire approfondi : ICARD Philippe, « La maternité élément signifiant de la discrimination », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 699).

¹⁸⁷⁵ Notons que le recours à la comparaison hypothétique a été exclu par le législateur français lors de la transposition en 2008 des directives européennes relatives aux discriminations. L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 énonce ainsi qu'il y a discrimination directe lorsqu'une « personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable », sur la base de certains motifs prohibés. Le législateur français a expressément rejeté le terme « ne l'aurait été ». Comme l'affirme Hilème Kombila : « Le futur antérieur a été préféré au conditionnel, au motif que cette définition était source d'incertitude et de crainte de contentieux liés à des éléments trop fictifs » (KOMBILA Hilème, « Les entraves à l'approche "intersectionnelle" canadienne de la discrimination », *Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016, point 18). Voir DINI Muguette, Rapport n° 253 (2007-2008) fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de lutte contre les discriminations, déposé le 2 avril 2008 au Sénat, p. 12 : « Les définitions communautaires sont en effet très extensives et posent elles-mêmes des problèmes de sécurité juridique. L'emploi du conditionnel « ne serait » dans la définition de la discrimination directe, pourrait donner lieu à des condamnations fondées sur des hypothèses invérifiables : comment prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination si des éléments de comparaison objectifs n'existent pas ? »

¹⁸⁷⁶ CJCE, 30 avril 1998, *CNAVTS et Evelyne Thibault*, C-136/95, point 32. La Cour juge que le défaut de notation d'une salariée par son employeur pendant son congé de maternité, l'ayant privée d'une chance d'être promue, engendre « une discrimination en raison de sa grossesse et de son congé de maternité. Un tel comportement constitue une discrimination fondée directement sur le sexe au sens de la directive ».

¹⁸⁷⁷ Sur la question du licenciement, voir également CJCE, 30 juin 1998, *Brown*, C-394/96 et CJCE, 11 novembre 2010, *Dita Danosa contre LKB Lizings SIA*, C-232/09, point 74.

mesures de protection des salariées enceintes ou accouchées¹⁸⁷⁸. La Cour va même plus loin, en estimant que la directive 76/207/CEE exige une interdiction des discriminations fondées sur la grossesse au-delà de la période de la grossesse¹⁸⁷⁹. Le droit de la non-discrimination permet ainsi un cadre encore plus protecteur des femmes enceintes que la simple interdiction du licenciement pendant la période du congé de maternité¹⁸⁸⁰. Toutefois, cette extension du cadre protecteur de la maternité ne va pas jusqu'à sanctionner les désavantages (licenciement, faible rémunération) résultant d'une maladie liée à la grossesse, mais survenus *après* le congé de maternité¹⁸⁸¹.

598. **La consécration en droit interne.** La reconnaissance par la jurisprudence européenne du caractère discriminatoire des traitements défavorables liés à la grossesse et à la maternité a par la suite influencé l'évolution de la jurisprudence et de la législation françaises. Tout d'abord, la Cour de cassation a intégré le raisonnement de la Cour de justice dans l'affaire *Thibault* de 1998, faisant suite à la question préjudicielle posée par la chambre sociale¹⁸⁸². Le juge judiciaire a par la suite réaffirmé la qualification de discrimination pour sanctionner des licenciements en raison de la grossesse¹⁸⁸³, et d'autres désavantages¹⁸⁸⁴, ce qui a permis de faciliter la preuve pour les requérantes par rapport à la jurisprudence précédente¹⁸⁸⁵. Le droit européen¹⁸⁸⁶ et le droit français du travail¹⁸⁸⁷ prévoient en effet un aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination, « selon lequel le demandeur présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination et l'employeur doit prouver que sa décision repose sur des

¹⁸⁷⁸ Affaire *Thibault* précitée, point 26 : « L'attribution de tels droits, reconnus dans la directive, a pour but d'assurer la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne tant l'accès à l'emploi (article 3, paragraphe 1) que les conditions de travail (article 5, paragraphe 1). Dès lors, l'exercice des droits conférés aux femmes conformément à l'article 2, paragraphe 3, ne peut faire l'objet d'un traitement défavorable en ce qui concerne leur accès à l'emploi ainsi que leurs conditions de travail. Dans cette perspective, la directive vise à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle ».

¹⁸⁷⁹ CJCE, 11 octobre 2007, *Nadine Paquay contre Société d'architectes Hoet et Minne SPRL*, C-460/06, point 40. La Cour de justice insiste bien sur le lien entre l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe et les mesures de protection de la maternité : elle réitère en effet la solution retenue dans l'affaire *Thibault* en se fondant à la fois sur la directive 92/85/CEE relative à la protection des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, ainsi que sur la directive 76/207/CEE relative à l'égalité de traitement.

¹⁸⁸⁰ MERCAT-BRUNS Marie, « La portée de l'interdiction de licencier au moment du congé de maternité », *Revue de droit du travail*, 2011, p. 31 : « Ainsi, la protection provisoire du licenciement au moment du congé de maternité qui peut accroître le risque de discriminations à la fin de cette protection se trouve ainsi consolidée par une contestation possible sur le terrain du droit des discriminations qui n'est pas enserré dans des périodes de protection si précises ».

¹⁸⁸¹ La Cour a en effet estimé, dans l'affaire *McKenna*, que ces désavantages ne constituaient pas une discrimination fondée sur le sexe, car l'incapacité de travail devait alors traitée dans les mêmes conditions que n'importe quelle maladie (CJCE, 8 septembre 2005, *North Western Health Board contre Margaret McKenna*, C-191/03, point 52).

¹⁸⁸² Cass. soc., *CNAVTS c/ Évelyne Thibault*, n° 90-41231. Alors que l'employeur faisait valoir que l'absence de notation de la requérante n'était pas fondée sur une considération liée au sexe et ne heurtait donc pas le principe d'égalité de traitement, la chambre sociale juge au contraire – en visant directement l'arrêt de la Cour de justice – que le défaut de notation de la requérante en congé de maternité, l'ayant privé d'une chance de promotion professionnelle, constitue bien une discrimination directe fondée sur le sexe.

¹⁸⁸³ Voir par exemple Cass. soc., 6 janvier 2010, n° 08-44117.

¹⁸⁸⁴ C'est le cas du refus par l'employeur d'aménagement du temps de travail pour permettre à la travailleuse d'allaiter son enfant, qui constitue pour le juge européen (CJCE, 19 octobre 2017, *Elda Oterao Ramos*, C-531/15) comme pour le juge français (CAA Paris 29 juin 2010, n° 08VE02701 une discrimination fondée sur le sexe).

¹⁸⁸⁵ Cass. soc., 5 mai 1993, n° 90-41584 ; Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 06-45262, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 171.

¹⁸⁸⁶ Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

¹⁸⁸⁷ Article L. 1134-1 du Code du travail.

éléments objectifs étrangers à toute discrimination»¹⁸⁸⁸. Néanmoins, la jurisprudence demeure marquée par le « sceau de la sévérité »¹⁸⁸⁹ en interprétant strictement la période de protection. La Cour de cassation a en sens refusé d'aller au-delà de la protection légale et de considérer que la protection contre le licenciement discriminatoire s'appliquait pendant la période d'essai au cas où l'employeur n'avait pas connaissance de cet état¹⁸⁹⁰, ou durant les quatre semaines suivant le congé de maternité¹⁸⁹¹.

599. Ensuite, le législateur français a intégré le raisonnement du juge européen en créant un nouveau critère de discrimination pour sanctionner les désavantages occasionnés en raison de la grossesse et de la maternité. Les dispositifs de protection ne sont en conséquence pas systématiquement appréhendés, contrairement au droit européen¹⁸⁹², sous l'angle de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe¹⁸⁹³. Ce n'est qu'en 2006 que le législateur français est intervenu pour reconnaître explicitement l'aspect discriminatoire des traitements défavorables pris à l'encontre des femmes enceintes, en introduisant dans le Code du travail et dans le Code pénal la « grossesse »¹⁸⁹⁴ et dans la loi du 27 mai 2008 la « maternité »¹⁸⁹⁵ comme nouveaux critères de discrimination. L'intention des auteurs de la loi était clairement de faire bénéficier les salariées

¹⁸⁸⁸ MERCAT-BRUNS Marie, « La portée de l'interdiction de licencier au moment du congé de maternité », *op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁸⁹ LEFRANC-HARMONIAUX Carole, « Maternité et rupture du contrat de travail », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1771.

¹⁸⁹⁰ Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 05-44806.

¹⁸⁹¹ Cass. soc., 17 février 2010, n° 06-41392.

¹⁸⁹² Les directives européennes ont en effet affirmé, depuis 2002, que : « Tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CEE constitue une discrimination » (article 1-7 de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE ; article 2-2-c) de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)), et plus précisément une « discrimination fondée sur le sexe » (article 4-1-a) de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services ; point 23 de la directive 2006/54/CE).

¹⁸⁹³ Le législateur avait déjà prévu en 1975 d'insérer dans le Code du travail une disposition visant à interdire à l'employeur « de prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, résilier son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou [...] prononcer une mutation d'emploi. Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée » (article 2 de la loi n° 75-625 du 11 juillet 1975 insérant dans le Code du travail l'article L. 122-25, devenu, à la suite de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 L. 1225-1 du Code du travail) ; l'article L. 1225-4 du Code du travail prévoit également, sans recourir à la notion de discrimination, l'interdiction pour l'employeur de rompre le contrat de travail pendant la période du congé de maternité – sauf faute grave de la salariée ou pour un motif étranger à la grossesse – ainsi que, depuis 2016, pendant les congés payés pris immédiatement après et pendant dix semaines suivant l'expiration de ces périodes (article 10 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, qui est ainsi revenu sur la jurisprudence restrictive de la Cour de cassation).

¹⁸⁹⁴ Article 2 et 13 de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, concernant uniquement les personnes physiques. L'interdiction a été étendue aux personnes morales par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁸⁹⁵ Article 2-4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. La discrimination en raison de la grossesse ou de la maternité ne figure donc pas parmi les autres critères de discrimination prohibés à l'article 1 et constitue en cela un critère « annexe » (MÉDARD-INGHILTERRA Robin, « L'inégale multiplication des critères de discrimination : conséquences et modalités d'harmonisation éventuelles », *op. cit.*). Ceci peut être expliqué par l'existence d'un second alinéa spécifique prévoyant, par exception, la légitimité des différences de traitement fondées sur la grossesse ou la maternité, lorsque celles-ci sont prises « en faveur » des femmes ou pour promouvoir « l'égalité entre les femmes et les hommes ».

enceintes « d'un régime de la charge de la preuve plus favorable, qui prévalait déjà de façon générale en matière de discrimination professionnelle »¹⁸⁹⁶.

600. Il faut toutefois souligner qu'en créant ces deux nouveaux critères de discrimination, le législateur français n'a pas explicitement considéré les désavantages touchant les femmes enceintes comme des discriminations *fondées sur le sexe* – contrairement à certains juges¹⁸⁹⁷. Mais il a tout de même reconnu l'aspect discriminatoire de ces désavantages, ce qui revient à admettre que certaines inégalités concernent spécifiquement les femmes et que le test de comparabilité est ici sans pertinence. À vrai dire, la reconnaissance par le droit du caractère spécifique et asymétrique de ces inégalités n'a pas suscité beaucoup d'opposition dans ce contexte, car le droit admet volontiers la spécificité biologique des femmes quant à la grossesse et à la maternité¹⁸⁹⁸. En revanche, le droit français a été beaucoup moins enclin à admettre, jusqu'en 2008, le caractère asymétrique, et donc discriminatoire, d'un désavantage non lié aux spécificités biologiques des femmes, à savoir le harcèlement sexuel.

2) La progressive reconnaissance par le législateur de la dimension discriminatoire du harcèlement sexuel

601. Le droit de l'Union européenne a qualifié expressément, à l'instar du droit étatsunien, le harcèlement sexuel de discrimination fondée sur le sexe – reconnaissant ainsi le lien entre ce type d'agression et la hiérarchie de genre désavantagant majoritairement les femmes. Le législateur français s'est néanmoins montré réticent à admettre une telle qualification, ce qui a donné lieu à une définition multiple et complexe du harcèlement sexuel.

602. **Le harcèlement sexuel comme discrimination en droit européen.** Les directives européennes relatives à l'égalité des sexes et à la lutte contre les discriminations adoptées dans les années 2000 ont admis que le harcèlement sexuel était par principe discriminatoire¹⁸⁹⁹. Le droit européen distingue entre le *harcèlement*, définit comme : « La situation dans laquelle un

¹⁸⁹⁶ Voir l'intervention d'Édouard Courtial, rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, lors de la deuxième séance du 10 mai 2005 à l'Assemblée nationale.

¹⁸⁹⁷ CA Angers chambre sociale, 16 avril 2013, n° 11/01063 : La requérante « présente des éléments de fait laissant supposer l'existence à son égard, dans le cadre de son licenciement, d'une discrimination liée à son sexe, voire à sa récente grossesse ayant donné lieu à un congé de maternité ».

¹⁸⁹⁸ Cf. partie II, titre II, chapitre II.

¹⁸⁹⁹ La directive 2002/73/CE relative à l'égalité de traitement dans la sphère professionnelle énonce ainsi que : « Le harcèlement et le harcèlement sexuel au sens de la présente directive sont considérés comme une discrimination fondée sur le sexe et sont dès lors interdits » (article 1-3 de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil). Cette qualification a été reprise par la directive 2004/113/CE, étendant l'interdiction du harcèlement sexuel au domaine de l'accès et la fourniture de biens et de services Article 4-3 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004) et par la directive de 2006 relative à l'égalité professionnelle (article 2-2-a) de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 (refonte).

comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant » et le *harcèlement sexuel*, désignant : « La situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »¹⁹⁰⁰. Dans le premier cas, la dimension discriminatoire apparaît nettement : le comportement relève de la discrimination précisément car il est lié au sexe de la victime. Dans le second cas, le texte des directives reste silencieux sur les raisons du caractère discriminatoire du harcèlement sexuel. Mais on peut supposer que la qualification du harcèlement sexuel comme discrimination provient du fait que le droit européen admet que ce type d'agression est discriminatoire parce qu'il est lié au sexe de la victime ou parce qu'il touche majoritairement les femmes. Dans ce cas, la lutte contre les discriminations fondées sur le sexe nécessite que soit combattu le harcèlement sexuel, fondé sur le préjugé de la « disponibilité du corps des femmes »¹⁹⁰¹, parce que celui-ci perpétue une hiérarchie de genre et freine la réalisation de l'égalité réelle.

603. Cette définition fait écho à la qualification donnée par le droit étatsunien du harcèlement sexuel comme discrimination. L'affaire *Meritor Savings Bank v. Vinson* a en effet été l'occasion pour la Cour suprême des États-Unis de reconnaître en 1986¹⁹⁰² que le harcèlement sexuel constituait une violation du Titre VII du Civil Rights Act de 1964 relatif à l'interdiction des discriminations¹⁹⁰³. Les juges ont admis que le harcèlement sexuel sur le lieu de travail pouvait être considéré comme une discrimination, non seulement lorsqu'il émanait d'un échange de bénéfices économiques contre des faveurs sexuelles, mais également lorsqu'il conduisait simplement à créer un « environnement de travail hostile »¹⁹⁰⁴. Pour les juges, « des avances sexuelles non voulues qui créent un environnement offensif et hostile violent le Titre VII. Assurément, quand un supérieur hiérarchique harcèle sexuellement une personne subordonnée parce que cette dernière est du sexe subordonné, ce supérieur hiérarchique discrimine sur le

¹⁹⁰⁰ Article 2-1-c) et d) de la directive 2006/54/CE précitée.

¹⁹⁰¹ SAAS Claire, « Vingt ans de jurisprudence pénale sur le harcèlement sexuel. Réflexions sur le corps et la liberté sexuelle des femmes saisis par le droit pénal », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 242.

¹⁹⁰² Une Cour de district avait déjà qualifié le harcèlement sexuel comme discrimination dans l'affaire *Barnes v. Costle* de 1977 (561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977)).

¹⁹⁰³ SAGUY Abigail, « Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux États-Unis », *Travail, genre et société*, n° 28, 2012/2, p. 93.

¹⁹⁰⁴ ESTRICH Susan, « Sex at work », *Stanford Law Review*, n° 4, Vol. 43, avril 1991, p. 813-861.

fondement du sexe»¹⁹⁰⁵. Un tel comportement constitue donc une discrimination, car il est motivé par des considérations tenant au sexe féminin de la victime¹⁹⁰⁶. En d'autres termes, le harcèlement sexuel s'apparente à une discrimination fondée sur le sexe, car « si la victime avait été de sexe différent, elle n'aurait pas été victime d'un tel comportement »¹⁹⁰⁷. Cette solution rejoint l'argumentaire développé par Catharine MacKinnon, théoricienne féministe du droit qui participa à l'élaboration du mémoire de la victime du harcèlement dans l'affaire *Vinson*. Celle-ci appréhende le harcèlement sexuel comme s'inscrivant dans une relation hiérarchique entre les hommes et les femmes¹⁹⁰⁸ et qui, pour cette raison, est conçu comme une discrimination fondée sur le sexe¹⁹⁰⁹. Reconnaître la dimension discriminatoire du harcèlement sexuel permet, selon cette conception, de rendre compte de deux aspects de la hiérarchie de genre : d'une part, les femmes sont majoritairement placées dans des situations sociales hiérarchiquement inférieures à celle des hommes ; d'autre part, le corps des femmes est communément considéré comme sexuellement disponible aux hommes, ce qui rend celles-ci davantage vulnérables aux agressions sexuelles.

604. Mais la reconnaissance du caractère discriminatoire du harcèlement sexuel a surtout été en grande partie motivée, à la fois en droit étatsunien et en droit européen, par la nécessité d'avantager les victimes sur le plan contentieux, jugées vulnérables. L'approche étatsunienne axée sur la responsabilité de l'employeur¹⁹¹⁰ a ainsi motivé la qualification du harcèlement discriminatoire par les directives européennes¹⁹¹¹. Le fait que le harcèlement sexuel soit considéré comme discriminatoire rend ainsi compte de la dimension structurelle de ce phénomène : les femmes, en tant que groupe, sont majoritairement harcelées. L'employeur est par conséquent jugé responsable s'il ne prend pas en compte cette dimension structurelle ; il rend alors possible ce type de comportement sur le lieu de travail, entraînant « un environnement hostile » pour les

¹⁹⁰⁵ Cour suprême des États-Unis, 19 juin 1986, *Meritor Savings Bank v. Vinson*, n° 84-1979.

¹⁹⁰⁶ SAGUY Abigail, « Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux États-Unis », *op. cit.*, p. 93.

¹⁹⁰⁷ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ? », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 13, 31 Mars 1993, p. 3662.

¹⁹⁰⁸ Pour l'auteure, ce comportement social « converge avec les relations hiérarchiques entre, d'une part, les employeurs ou professeurs, tendant à être des hommes hétérosexuels, et d'autre part, les employées ou étudiantes femmes, qui tendent à être considérées comme désirables et comme des objets sexuels disponibles en raison de leur féminité et de leur position vulnérable dans la hiérarchie » (MACKINNON Catharine, *Women's lives, men's laws*, *op. cit.*, p. 112).

¹⁹⁰⁹ MACKINNON Catharine, *Sexual harassment of working women : a case of sex discrimination*, Yale University Press, 1979.

¹⁹¹⁰ Ainsi, aux États-Unis, l'employeur est considéré comme responsable des harcèlements sexuels – ainsi que des discriminations – perpétrés entre les salariés au sein de son entreprise. La victime peut dès lors poursuivre, en plus de l'auteur du harcèlement, son employeur, pour obtenir des dommages-intérêts compensatoires, mais aussi punitifs, de la part de ce dernier (SAGUY Abigail, « Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux États-Unis », *op. cit.*, p. 94).

¹⁹¹¹ Le Comité économique et social de l'Union européenne, dans son avis relatif à la directive 2002/73/CE, souligne ainsi « l'importance de la définition en tant que telle, qui constate qu'il s'agit de discrimination basée sur le sexe sur le lieu de travail. Cela établit clairement que c'est à l'employeur qu'incombe toujours la responsabilité de prévenir et d'empêcher que des faits de prendre des mesures une fois que l'affaire est venue à sa connaissance » (avis du Comité économique et social sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil, *Journal officiel* n° C 123 du 25/04/2001 p. 0081-0085, point 2.1).

victimes de harcèlement. La qualification du harcèlement sexuel comme discrimination avantage également les victimes quant à la preuve du harcèlement¹⁹¹². En revanche, le législateur français s'est tout de même montré hostile à une telle qualification lors de l'inscription initiale du délit de harcèlement sexuel en droit positif.

605. Le rejet par le législateur français du harcèlement sexuel comme discrimination en 1992. Par deux fois en 1992, le législateur est intervenu pour reconnaître et sanctionner le harcèlement sexuel, à la fois en modifiant le Code pénal¹⁹¹³ et le Code du travail¹⁹¹⁴. Les instigateurs de la réforme se sont largement appuyés sur l'argumentaire de l'égalité des sexes et de la lutte contre les discriminations sexistes en soulignant, lors des débats parlementaires, que le harcèlement sexuel était un problème social touchant majoritairement les femmes¹⁹¹⁵ mis en évidence par les associations féministes¹⁹¹⁶, qu'il revenait au droit de prendre en considération¹⁹¹⁷ afin de se conformer aux recommandations de l'Union européenne¹⁹¹⁸. Il s'agissait ainsi de rejeter des comportements considérés comme normaux et résultant du processus de séduction par les hommes et considérés comme une forme d'oppression par les femmes¹⁹¹⁹. En ce sens, le projet de loi sur la réforme du Code pénal prévoyait initialement que le harcèlement sexuel constituait une incrimination figurant à la première section du chapitre V du Code, relative aux « discriminations »¹⁹²⁰. Le lien entre harcèlement sexuel et discrimination apparaît donc évident pour nombre de parlementaires, car le harcèlement sexuel n'est qu'une manifestation parmi les nombreuses inégalités existant entre les sexes, qui défavorisent encore majoritairement les femmes dans le monde du travail¹⁹²¹. Cependant, cette approche axée sur la lutte contre les discriminations a rapidement été écartée : l'Assemblée nationale a ainsi déplacé, en deuxième lecture, l'incrimination de harcèlement sexuel dans la section relative aux agressions sexuelles autres que le viol. En retenant une approche symétrique des discriminations fondées sur le sexe,

¹⁹¹² Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

¹⁹¹³ Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, introduisant l'article 222-33 du Code pénal.

¹⁹¹⁴ Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le Code du travail et le Code de procédure pénale, introduisant l'article L. 122-46 du Code du travail.

¹⁹¹⁵ Voir l'intervention d'Yvette Roudy lors de la première séance du 2 décembre 1991 à l'Assemblée nationale, p. 6985 ; voir également Muguette Jacquaint lors de la deuxième séance du 21 juin 1991 à l'Assemblée nationale, p. 3628 et Maryse Bergé-Lavigne lors de la séance du 21 mai 1992 au Sénat, p. 1330 : « Cette situation précaire, condition de la majorité des femmes, fait de ces dernières des cibles privilégiées de ce genre de discriminations et d'abus de pouvoir qu'est le harcèlement sexuel ».

¹⁹¹⁶ Voir l'intervention de Robert Pagès lors de la séance du 3 octobre 1991 au Sénat, p. 2628 ; voir également l'intervention de Véronique Neiertz lors de la séance du 21 mai 1992 au Sénat, p. 1326.

¹⁹¹⁷ Voir l'intervention de Jacques Toubon lors de la deuxième séance du 21 juin 1991 à l'Assemblée nationale, p. 3529.

¹⁹¹⁸ Recommandation 92/131/CEE de la Commission, du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, *Journal officiel* n° L 049 du 24/02/1992 p. 0001-0008.

¹⁹¹⁹ Voir l'intervention de Maryse Bergé-Lavigne lors de la séance 21 mai 1992 au Sénat, p. 1330.

¹⁹²⁰ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ? », *op. cit.*, p. 3662.

¹⁹²¹ Voir par exemple l'intervention de Jean Boyer, lors de la séance du 21 mai 1992 au Sénat, p. 1333 : « Les principales victimes en sont les femmes. Le monde du travail salarié a d'abord été le domaine des hommes, il faut le rappeler ».

certaines parlementaires ont fait valoir que le harcèlement sexuel ne pouvait être conçu comme une discrimination, car il pouvait potentiellement toucher les deux sexes¹⁹²². Sur le plan pénal, le législateur a par conséquent occulté l'aspect discriminatoire du harcèlement sexuel en refusant de retenir l'approche asymétrique. L'insertion de l'interdiction du harcèlement sexuel dans le Code du travail par la loi du 2 novembre 1992 est apparue également à première vue s'écarter d'une logique discriminatoire, puisque les nouveaux articles L. 122-46 et suivants ne mentionnaient pas le caractère discriminatoire du harcèlement sexuel. Une partie de la doctrine a d'ailleurs approuvé cette solution¹⁹²³, en refusant d'assimiler harcèlement « sexuel » et harcèlement « sexiste »¹⁹²⁴.

606. Les parlementaires, telles que Yvette Roudy, Muguette Jacquaint ou Véronique Neiertz, qui avaient dénoncé initialement le harcèlement sexuel comme discrimination, ont ainsi fait œuvre de compromis en occultant la dimension discriminatoire du harcèlement sexuel¹⁹²⁵. Elles ont cédé aux pressions de leurs opposants¹⁹²⁶, en restreignant la définition du harcèlement sexuel aux seuls « abus de pouvoir » découlant des relations d'autorité¹⁹²⁷, impliquant que la victime soit en état de subordination par rapport à l'auteur du harcèlement : « L'article 222-33 n'incrimine donc pas le harcèlement sexuel émanant d'un collègue de rang hiérarchiquement égal »¹⁹²⁸. Or, une telle limitation, à la fois dans la qualification et dans la définition du harcèlement sexuel, s'est

¹⁹²² Comme l'affirme le rapporteur Jolibois lors de la discussion relative à la réforme pénale : « La notion de harcèlement sexuel vise à punir une situation qui est connue et qui n'est d'ailleurs pas discriminatoire, car elle s'applique quel que soit le sexe de la victime et de celui ou celle qui harcèle » (débats parlementaires, séance du 3 octobre 1991 au Sénat, p. 2627).

¹⁹²³ SACHS-DURAND Corinne, « Harcèlement et discrimination en droit interne et en droit communautaire : brèves remarques », *Revue de droit du travail*, 2007, p. 38 ; voir également PRALUS-DUPUY Joëlle, « Le harcèlement sexuel », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 53.

¹⁹²⁴ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ? », *op. cit.*, p. 3662 : « Le raisonnement présentant le harcèlement comme une discrimination peut paraître simpliste. La discrimination repose sur une conception abstraite du sexe, comme appartenance à une catégorie, à un groupe. Or, le harcèlement est une conduite individuelle : ce n'est pas seulement en raison de son sexe que la victime est harcelée, ce peut être en raison de son aspect physique, de son *sex-appeal*, voire de qualités morales et/ou intellectuelles ».

¹⁹²⁵ SAGUY Abigail, « Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux États-Unis », *op. cit.*, p. 99 : « Yvette Roudy se rendit compte que les arguments sur le sexisme et la discrimination n'avaient pas d'écho auprès des parlementaires et révisa la définition du harcèlement sexuel dans son amendement pour s'adapter à la conception des droits et de l'injustice de ses collègues masculins ».

¹⁹²⁶ SAGUY Abigail, « Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux États-Unis », *op. cit.*, p. 98 : « Les opposants au projet de loi recoururent à une rhétorique antiaméricaine pour le discréditer, en le présentant comme une importation américaine, qui allait reproduire en France les « excès américains » de la judiciarisation, du puritanisme, et de la guerre des sexes ».

¹⁹²⁷ Article 222-33 du Code pénal : « Le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende » ; Article L. 122-46 du Code du travail : « Aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un employeur, de son représentant ou de toute personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur ce salarié dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers ».

¹⁹²⁸ PRALUS-DUPUY Joëlle, « Le harcèlement sexuel », *op. cit.*, p. 53 ; MERCAT-BRUNS Marie, « Harcèlement sexuel et travail en France : entre rupture et continuité », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 205 : « La position de pouvoir du harceleur est déterminante, au-delà du comportement de nature sexuelle de l'auteur ou du caractère injustifié de la différence de traitement, propre à toute discrimination ».

révélée peu protectrice des victimes de harcèlement – souvent en difficulté pour en apporter la preuve¹⁹²⁹ – ce qui peut expliquer le faible nombre de procès et, *a fortiori*, de condamnations sur ce fondement¹⁹³⁰.

607. Par la suite, la transposition du droit de l'Union européenne a conduit le législateur à modifier en 2008 la qualification du harcèlement sexuel, bien que le droit français ait conservé les anciennes qualifications du Code pénal et du Code du travail. Cette oscillation quant à la qualification du harcèlement sexuel est encore aujourd'hui source de confusion.

608. **Une évolution réservée du droit français au regard du droit européen.** Sans qualifier le harcèlement sexuel de discrimination, le législateur de 1992 a tout de même reconnu que le harcèlement sexuel pouvait avoir des conséquences discriminatoires. Les dispositions du Code du travail¹⁹³¹ et du statut général de la fonction publique¹⁹³² relatives à l'égalité entre les femmes et les hommes prévoient une interdiction de discriminer (refus d'embauche, licenciement) une personne en raison du fait qu'elle a subi ou refusé de subir, un harcèlement sexuel. En effet, malgré l'opposition de certains parlementaires – relayée par certains auteurs¹⁹³³ – hostiles à l'idée de tout lien entre harcèlement sexuel et discrimination¹⁹³⁴, la commission des lois a considéré que « ces dispositions ont tout à fait leur place dans l'article L. 123-1 qui concerne les délits sexistes. Quoi qu'il en soit, le délit de harcèlement est de même nature que les délits sexistes »¹⁹³⁵. Le Code du travail a ainsi distingué entre, d'une part, le harcèlement sexuel en tant que tel, qui n'est pas considéré comme une discrimination (article L. 122-46 devenu L. 1153-1) et d'autre

¹⁹²⁹ PY Bruno, BALDECK Marilyn, « La définition du harcèlement sexuel est-elle satisfaisante ? », *Revue de droit du travail*, 2011, p. 348 : « Remarquable également, l'injonction déloyale qui est faite à la victime de rapporter, non pas la preuve de l'intention délictuelle du harceleur, mais d'une intention bien particulière, celle "d'obtenir des faveurs de nature sexuelle". Déloyale car, comment prouver une telle intention ? ».

¹⁹³⁰ SAAS Claire, « Vingt ans de jurisprudence pénale sur le harcèlement sexuel. Réflexions sur le corps et la liberté sexuelle des femmes saisis par le droit pénal », *op. cit.*, p. 242 : « L'annuaire statistique de la justice recense une cinquantaine de décisions de condamnation par an, au cours des dernières années. C'est un nombre minime au regard de l'ensemble du contentieux délictuel ».

¹⁹³¹ L'article L. 123-1 du Code du travail est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Nul ne peut prendre en considération le fait que la personne intéressée a subi ou refusé de subir les agissements définis à l'article L. 122-46, ou bien a témoigné de tels agissements ou les a relatés, pour décider, notamment en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, de résiliation, de renouvellement de contrat de travail ou de sanctions disciplinaires ».

¹⁹³² Article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est complété par quatre alinéas ainsi rédigés. La loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes remplace la formule initiale en insérant l'article 6 *ter* dans la loi de 1983 : « Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération : le fait qu'il a subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un supérieur hiérarchique ou de toute personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur ce fonctionnaire dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers ».

¹⁹³³ PRALUS-DUPUY Joëlle, « Le harcèlement sexuel », *op. cit.*, p. 53.

¹⁹³⁴ Voir l'intervention de Guy Robert lors de la séance du 21 mai 1992 au Sénat, p. 1342 : « Leur introduction dans l'article L. 123-1 du Code du travail nous apparaît, en effet, juridiquement incorrecte, car cet article, qui résulte de la loi du 13 juillet 1983, traite de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Or les dispositions en cause visent non une discrimination entre hommes et femmes, mais certains comportements, susceptibles, de surcroît, de se produire entre personnes de même sexe ».

¹⁹³⁵ Voir l'intervention de Franck Sérusclat lors de la séance du 21 mai 1992 au Sénat, p. 1342.

part, le harcèlement sexiste discriminatoire, qui peut découler du harcèlement sexuel, lorsque la victime subit, en plus de ce dernier, un désavantage dans le cadre de son travail (article L. 123-1 devenu L. 1153-2). En qualifiant les désavantages consécutifs d'un harcèlement sexuel comme potentiellement discriminatoires, le législateur prend acte du fait que ces différences de traitement sont motivées par des considérations sexistes, touchant davantage les femmes. En outre, une telle qualification est favorable aux victimes de harcèlement sexuel et sexiste sur le plan contentieux : elle permet de recourir aux sanctions spécifiques aux discriminations énoncées à l'ancien article L. 152-1-1 du Code du travail¹⁹³⁶ et à l'article 225-2 du Code pénal (applicable également aux fonctionnaires)¹⁹³⁷. De plus, les victimes peuvent recourir aux dispositions du Code du travail permettant aux organisations syndicales ou aux associations d'exercer, en matière de discrimination, une action en justice en faveur du salarié¹⁹³⁸, ainsi que, depuis 2016, aux dispositions relatives à l'action de groupe en matière de discrimination¹⁹³⁹.

609. Le législateur a néanmoins renforcé en 2001 la distinction entre le harcèlement sexuel et la discrimination fondée sur le sexe, en procédant à une séparation visible dans les textes entre ces deux notions¹⁹⁴⁰. La loi de modernisation sociale de 2002, certes favorable à un élargissement de la définition du harcèlement sexuel – par la suppression de la condition de « gravité » qui avait été introduite en 1998¹⁹⁴¹ et par la reconnaissance du harcèlement sexuel entre collègues¹⁹⁴² –, a repris cette distinction, en établissant trois catégories bien distinctes : le harcèlement sexuel, le harcèlement moral et les discriminations¹⁹⁴³.

¹⁹³⁶ Ancien article L. 152-1-1 du Code du travail : « Toute infraction aux dispositions de l'article L. 123-1 sera punie d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2000 F à 20 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement ». Depuis la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, l'article L. 1155-2 du Code sanctionne spécifiquement les faits de discriminations commis à la suite d'un harcèlement moral ou sexuel (un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende).

¹⁹³⁷ Article 225-2 du Code pénal (ancien article 416) : « La discrimination définie aux articles 225-1 à 225-1-2, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

¹⁹³⁸ Articles L. 1134-2 et L. 1134-3 du Code du travail. Voir l'intervention de Jean-Michel Testu lors de la séance du 22 juin 1992 à l'Assemblée nationale, p. 2676 : « [Le salarié] pourra, s'il le souhaite, faire assurer sa défense en justice par tes organisations syndicales et par les associations déclarées depuis plus de cinq ans dont l'objectif est de combattre les discriminations fondées sur le sexe ou sur les mœurs ».

¹⁹³⁹ Articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du Code du travail ; articles 87 et 88 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁹⁴⁰ Le législateur a ainsi atténué clairement le caractère discriminatoire du harcèlement sexuel, en déplaçant la disposition relative aux conséquences discriminatoires du harcèlement de l'article L. 123-1 sur l'égalité professionnelle, à l'article L. 122-46 du Code du travail sur le harcèlement sexuel (article 8 de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes). De même, la loi de 2001 a créé dans le statut des fonctionnaires un article 6 *ter* spécifique au harcèlement sexuel, qui n'est dès lors plus intégré dans l'article 6 *bis* relatif à l'interdiction des discriminations en raison du sexe (article 20 de la loi n° 2001-397 précitée).

¹⁹⁴¹ Article 11 de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs : « A l'article 222-33 du Code pénal, les mots : "en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes" sont remplacés par les mots : "en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves" ».

¹⁹⁴² Article 179 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale : le harceleur peut désormais être « toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers ».

¹⁹⁴³ MERCAT-BRUNS Marie, « Harcèlement sexuel et travail en France : entre rupture et continuité », *op. cit.*, p. 206.

610. Mais cette distinction entre le harcèlement sexuel et la discrimination fondée sur le sexe a été en partie remise en cause sous la pression du droit de l'Union européenne – la Commission européenne ayant engagé un recours en manquement contre la France pour défaut de transposition des directives relatives aux discriminations¹⁹⁴⁴. Déjà, le juge judiciaire s'était montré, dans certaines décisions¹⁹⁴⁵, enclin à assimiler harcèlement sexuel et harcèlement discriminatoire¹⁹⁴⁶. Surtout, le législateur a intégré en 2008 la définition européenne du harcèlement sexuel, qualifié désormais par principe de discrimination¹⁹⁴⁷. Le législateur a considérablement élargi la notion de harcèlement sexuel, qui comprend désormais tout « agissement à connotation sexuelle », tel que des propos sexistes, perpétrés dans le cadre du travail – y compris dans le domaine de la fonction publique¹⁹⁴⁸ – ou en dehors, par exemple dans le cadre de relations enseignants-élèves. En dehors du contentieux pénal, qui n'est pas visé par la loi de 2008¹⁹⁴⁹, les victimes n'ont plus ni à prouver une intention de la part du harceleur d'obtenir des faveurs sexuelles ni à prouver des agissements répétés de la part de celui-ci. En outre, le comportement est sanctionné dès lors qu'il porte atteinte à la dignité de la victime ou qu'il crée un « environnement hostile » pour celle-ci¹⁹⁵⁰ – ce qui rappelle la définition extrêmement large du harcèlement sexuel retenue par la jurisprudence étatsunienne. Les parlementaires en faveur de la réforme ont par ailleurs souligné qu'en assimilant harcèlement et discrimination, la loi permettait à la HALDE – aujourd'hui au Défenseur des droits – d'être saisie des affaires relatives au harcèlement sexuel¹⁹⁵¹.

611. Cette nouvelle qualification du harcèlement sexuel comme discrimination a cependant suscité des critiques lors des débats parlementaires, certains s'opposant à une définition jugée

¹⁹⁴⁴ VASSEUR Isabelle, Rapport n° 695 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 514) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 février 2008, p. 5.

¹⁹⁴⁵ Dans un arrêt de 2006, la Cour de cassation a par exemple confirmé la solution des juges du fond, qui avaient vu dans de simples « propos déplacés de nature à heurter [la] sensibilité » de la salariée, un « harcèlement discriminatoire » condamnable sur le fondement de l'article L. 122-46 du Code du travail relatif au harcèlement sexuel (Cass. soc., 11 octobre 2006, 04-45719. Voir également, chambre sociale, 25 octobre 2007, n° 06-41806).

¹⁹⁴⁶ MERCAT-BRUNS Marie, « Harcèlement sexuel et travail en France : entre rupture et continuité », *op. cit.*, p. 209 : « Dans ces cas, il s'agit alors de relever des comportements qui deviennent condamnables non plus seulement pour leur nature sexuelle intrinsèque, mais pour leur nature discriminatoire révélée par un traitement sexiste défavorable ou à connotation sexuelle ».

¹⁹⁴⁷ La loi de 2008 relative à la lutte contre les discriminations énonce ainsi que : « La discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant » (article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations).

¹⁹⁴⁸ KOMLY-NALLIER Muriel, CRUSOE Lionel, « La notion de harcèlement sexuel dans la fonction publique », *AJDA*, 2012, p. 1490.

¹⁹⁴⁹ Voir l'intervention d'Isabelle Vasseur lors de la séance du 25 mars 2008 à l'Assemblée nationale, p. 954.

¹⁹⁵⁰ Voir pour une application récente de la qualification de harcèlement sexuel « environnemental ou d'ambiance » : CA Orléans, 7 février 2017, n° 15/02566.

¹⁹⁵¹ Voir l'intervention de Marie-Jo Zimmermann lors de la séance du 25 mars 2008 à l'Assemblée nationale, p. 933.

trop large¹⁹⁵². Le législateur a ainsi refusé d'intégrer la définition prévue par la loi de 2008 dans le Code du travail, dans le statut des fonctionnaires et dans le Code pénal. Or, en laissant subsister les définitions antérieures du harcèlement sexuel, le législateur a fait un choix problématique au regard de la « lisibilité du droit, car il en résultera la coexistence de deux définitions du harcèlement »¹⁹⁵³. D'une part, la définition du harcèlement sexuel issue du Code pénal et du Code du travail, supposant des agissements répétés et non assimilable à une discrimination. D'autre part, la définition beaucoup plus large issue de la loi de 2008, qui assimile harcèlement sexuel et discrimination, pour laquelle cependant aucune sanction pénale n'est prévue. Certains parlementaires ont par la suite cherché à harmoniser des définitions, par des tentatives de codification de la définition issue de la loi de 2008 qui n'ont toutefois pas abouti¹⁹⁵⁴.

612. L'adoption de la loi du 6 août 2012 renforçant spécifiquement la lutte contre le harcèlement sexuel n'a pas non plus conduit à la codification de la définition européenne du harcèlement sexuel, et ce, alors même que le Conseil constitutionnel avait ouvert la voie en 2012 en exigeant du législateur une définition plus précise du harcèlement sexuel dans son volet pénal¹⁹⁵⁵. Une fois encore, des parlementaires ont fait valoir leur hostilité à la qualification du harcèlement sexuel comme discrimination, source d'imprécision juridique¹⁹⁵⁶. En revanche, le législateur a reconnu que le harcèlement sexuel pouvait avoir des conséquences discriminatoires¹⁹⁵⁷ : le nouvel article 225-1-1 du Code pénal prévoit ainsi que constitue une discrimination « toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel »¹⁹⁵⁸. Par souci de coordination, le législateur a inséré dans le Code du travail une disposition similaire¹⁹⁵⁹, qui reprend l'interdiction prévue auparavant par

¹⁹⁵² Voir l'intervention de Muguette Dini lors de la séance du 9 avril 2008 au Sénat, p. 1572.

¹⁹⁵³ Voir DINI Muguette, Rapport n° 253 précité, p. 14.

¹⁹⁵⁴ La proposition de loi de 2009 relative aux violences faites aux femmes prévoyait ainsi d'harmoniser « les différentes définitions du harcèlement sexuel pour les aligner sur celle issue du droit communautaire, dans le but de clarifier le droit applicable et de faciliter l'accès des citoyens à ce droit » (article 19 de la proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 novembre 2009). Mais cette tentative s'est soldée par un échec, la Commission des lois du Sénat n'ayant pas souhaité « qu'un nouveau texte vienne nuire à la définition acquise et admise pour satisfaisante de ce délit » (voir l'intervention du rapporteur François Pillet lors de la séance du 22 juin 2010 au Sénat, p. 5038).

¹⁹⁵⁵ Cons. constit., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, *M. Gérard D.* [Définition du délit de harcèlement sexuel].

¹⁹⁵⁶ Voir ANZIANI Alain, Rapport n° 619 (2011-2012) fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif au harcèlement sexuel, déposé le 27 juin 2012 au Sénat, p. 28 ; voir aussi CROZON Pascale, Rapport n° 86 sur le projet de loi relatif au harcèlement sexuel, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 juillet 2012, p. 23.

¹⁹⁵⁷ BEAUSSONIE Guillaume, « Loi relative au harcèlement sexuel », *Revue de science criminelle*, 2012, p. 906 : « Le harcèlement n'étant pas en soi discriminatoire, puisqu'il peut être caractérisé quel que soit le sexe de la victime, il peut malgré tout constituer l'instrument d'une discrimination. C'est pourquoi la loi du 6 août 2012 a également créé un article 225-1-1 du Code pénal ».

¹⁹⁵⁸ Article 3 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

¹⁹⁵⁹ Article L. 1153-2 du Code du travail : « Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement sexuel ».

l'article L. 122-46 du Code du travail, celle-ci ayant été supprimée « à la suite d'une erreur malencontreuse intervenue lors de la recodification du Code du travail opérée en 2007 »¹⁹⁶⁰. Le lien entre harcèlement sexuel et discrimination réapparaît donc clairement dans la loi de 2012¹⁹⁶¹, qui fait du harcèlement sexuel « une cause de discrimination »¹⁹⁶².

613. Le droit français ne s'est donc pas encore totalement rallié, après la réforme de 2012, à la qualification du harcèlement sexuel comme discrimination. D'un côté, la loi de 2008 qualifie le harcèlement sexuel, en tant que tel, de discrimination, permettant ainsi aux victimes de mobiliser les règles propres au contentieux de la discrimination. De l'autre côté, la loi de 2012 ne reconnaît pas une telle qualification, mais elle admet que le harcèlement sexuel puisse mener à des discriminations fondées sur le sexe¹⁹⁶³. Le droit français a fini par admettre – certes de manière hésitante – le caractère discriminatoire du harcèlement sexuel, en raison de sa dimension asymétrique¹⁹⁶⁴.

614. La réticence du législateur quant à la qualification du harcèlement sexuel contraste avec la facilité avec laquelle il a en revanche admis le caractère discriminatoire des différences de traitement en raison de la grossesse et de la maternité. Alors qu'il apparaît évident que les faits biologiques que sont la grossesse et la maternité sont spécifiques aux femmes, il semble plus difficile pour le droit français de reconnaître que certains faits sociaux désavantageux constituent des discriminations car ils touchent davantage les femmes. Mais si les manifestations de la hiérarchie de genre ne sont pas systématiquement, loin de là, qualifiées de discriminations, il n'en reste pas moins que la dimension asymétrique de certaines d'entre elles est reconnue par le droit international et par le droit interne.

¹⁹⁶⁰ Voir l'intervention de Christiane Taubira lors de la séance du 11 juillet 2012 au Sénat, p. 2007.

¹⁹⁶¹ Voir l'intervention d'Alain Tourret lors de la première séance du 24 juillet 2012 à l'Assemblée nationale, p. 2378.

¹⁹⁶² Voir l'intervention de Marietta Karamanli lors de la deuxième séance du 24 juillet 2012 à l'Assemblée nationale, p. 2421.

¹⁹⁶³ Deux types d'agissements sont à distinguer dans la loi de 2012 : d'une part, le harcèlement sexuel en tant que tel, défini à l'article 222-33 du Code pénal et L. 1153-1 du Code du travail, qui n'est pas assimilable à une discrimination, et d'autre part, les conséquences discriminatoires du harcèlement sexuel, prohibées par les articles 225-1-1 du Code pénal et L. 1153-2 du Code du travail, qui constituent des discriminations fondées sur le sexe.

¹⁹⁶⁴ La circulaire du 7 août 2012 relative à l'application de la loi sur le harcèlement sexuel souligne à ce titre explicitement le caractère asymétrique du harcèlement sexuel, touchant majoritairement les femmes (circulaire n° CRIM 2012 -15 / E8 du 7 août 2012 prise par la Garde des Sceaux relative la Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012- 954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel : « Les nouvelles dispositions donnent une définition plus précise mais également plus large que par le passé du délit de harcèlement sexuel, afin de recouvrir l'ensemble des situations dans lesquelles des personnes peuvent faire l'objet de ce type d'agissements, qui portent atteinte de façon inadmissible à la dignité de la personne humaine, et dont les femmes sont le plus souvent les victimes »).

B. L'admission du caractère genré des atteintes aux « droits reproductifs » et des violences sexuelles

615. Selon l'approche asymétrique des inégalités, les violences sexuelles et les atteintes à la libre maîtrise de la reproduction sont des phénomènes qui touchent majoritairement les femmes, précisément parce qu'elles reposent sur une hiérarchie de genre. Celle-ci résulte des rôles sociaux et des représentations qui sont communément associés au corps des femmes : traditionnellement assigné à la reproduction et considéré comme sexuellement disponible pour les hommes¹⁹⁶⁵. Loin d'être circonscrite aux travaux de la théorie féministe du droit, cette approche est aujourd'hui également reconnue par le droit international et le droit interne, qui ont chacun pris en considération l'aspect asymétrique de ces phénomènes, sans pour autant toujours les qualifier de discriminations. L'appréhension de cette dimension genrée a eu pour effet de rendre ces désavantages visibles aux yeux du droit, contribuant à la mise en place de dispositifs juridiques destinés à y remédier. La prise en compte de la « spécificité des expériences vécues par les femmes »¹⁹⁶⁶ a ainsi conduit à la modification du raisonnement juridique de certains acteurs du droit de façon à appréhender, sous l'angle de l'égalité réelle, les atteintes à la libre maîtrise de la reproduction (1) et certains types de violences (2).

1) Les « droits reproductifs » appréhendés sous l'angle de l'égalité des sexes

616. Le droit international, puis le droit français, ont reconnu que la réalisation de l'égalité des sexes nécessitait de prévoir des droits spécifiques aux femmes concernant la reproduction, afin de remédier aux inégalités de genre conduisant notamment à les confiner au rôle maternel. L'occurrence en droit international de l'expression de « droits reproductifs » (« *reproductive rights* »¹⁹⁶⁷) semble rendre compte de cette tendance du droit, bien qu'elle soit très peu usitée en tant que telle en France¹⁹⁶⁸ et qu'il n'existe pas de consensus sur sa définition¹⁹⁶⁹. Les droits reproductifs renvoient, de façon large, à la reconnaissance pour les femmes du « droit de décider librement et de manière responsable la dimension de leur famille, l'échelonnement des naissances et d'avoir un accès à l'information, à l'éducation et aux moyens pour leur permettre d'exercer ces

¹⁹⁶⁵ RAJASINGAM Pathiraj Valérie, *Les atteintes au corps féminin. Loi et sanction des violences physiques*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 75.

¹⁹⁶⁶ FOURCANS Claire, *Les violences sexuelles devant les juridictions pénales internationales*, Thèse de doctorat en droit public, 2007, p. 41.

¹⁹⁶⁷ La recommandation générale n° 24 du Comité CEDEF adoptée en 1999 mentionne, dans sa version anglaise, l'expression « *reproductive and sexual health rights* ».

¹⁹⁶⁸ La deuxième partie du Code de la santé publique fait référence à une expression proche de celle de « droits reproductifs » à travers l'intitulé : « Santé sexuelle et reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant ». Une telle expression est utilisée par certaines institutions telles que la Commission nationale consultative des droits de l'homme (voir l'avis de la CNCDH sur les violences de genre et les droits sexuels et reproductifs en Outre-mer du 21 novembre 2017).

¹⁹⁶⁹ WIDDOWS Heather, ALKORTA IDIAKEZ Itziar, EMALDI CIRION Aitziber, *Women's reproductive rights*, New York, Palgrave Macmillan, 2006, p. 2.

droits»¹⁹⁷⁰. Le droit international a ainsi admis la nécessité pour les individus¹⁹⁷¹, puis spécifiquement pour les femmes¹⁹⁷², d'avoir un contrôle sur leurs facultés reproductives. Cela implique, d'une part, dans un volet libéral, une abstention de la part des États d'interférer dans les choix des femmes relatifs à leur propre corps, par exemple en les laissant décider librement de leur grossesse et de leur contraception¹⁹⁷³. Mais un tel contrôle suppose également, dans un volet social, que les États fournissent les moyens pour les femmes d'accéder, de façon effective, aux méthodes médicales de contrôle de la reproduction, notamment à travers l'information et l'accès gratuit aux méthodes contraceptives ou à l'interruption volontaire de grossesse (IVG)¹⁹⁷⁴. Le droit international et le droit français ont admis que la lutte contre les discriminations fondées sur le sexe et la réalisation de l'égalité réelle supposaient la réalisation de l'autonomie procréative dans ces deux volets. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe n'allait pas jusqu'à la reconnaissance d'une obligation positive de la part des États de mettre concrètement en place un droit à fonder une famille ou un droit à l'avortement.

617. **L'accès des femmes à la maîtrise de leur corps en lien avec la lutte contre les discriminations.** Sur le plan théorique, certaines auteures retiennent une approche des droits reproductifs sous l'angle de l'égalité réelle. Elles conçoivent ainsi les entraves à l'autonomie procréative (par exemple, la limitation de l'interruption de grossesse, la stérilisation forcée) comme des inégalités asymétriques touchant spécifiquement l'intégrité corporelle des femmes¹⁹⁷⁵ et, partant, comme des discriminations fondées sur le sexe¹⁹⁷⁶. De telles atteintes sont également sexo-spécifiques, car elles sont fondées sur le préjugé que les femmes doivent remplir un rôle social maternel¹⁹⁷⁷. L'interdiction de l'avortement est en cela particulièrement significative car elle

¹⁹⁷⁰ STARK Barbara, « The women's Convention, reproductive rights, and the reproduction of gender », *Duke Journal of Gender Law and Policy*, Vol. 18, 2011, p. 265.

¹⁹⁷¹ Rapport de la Conférence internationale sur la population et le développement, Le Caire, 5-13 septembre 1994, Nations unies, New York, 1995 : « Les programmes de planification familiale ont pour but de permettre aux couples et aux individus de décider librement et avec discernement du nombre et de l'espace de leurs enfants et de disposer des informations et des moyens nécessaires à cette fin, de faire des choix éclairés et de mettre à leur disposition toute une gamme de méthodes sûres et efficaces ».

¹⁹⁷² Article 16-e) de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes.

¹⁹⁷³ EHRENREICH Nancy, *The reproductive rights reader. Law, medicine and the construction of motherhood*, New York University Press, 2008, p. 2 : « The central component of the mainstream liberal approach to reproductive rights is the notion of reproductive autonomy. Each individual woman should be free from governmental control over her decisions regarding whether and when to have children, what kinds of reproductive technology to use (if any), how to protect herself from unwanted pregnancy ».

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 3 : « Thus, governmental interference is sometimes affirmatively beneficial ; it is needed to overcome social inequalities that interfere with the full realization of women's reproductive autonomy. For example, in order for poor women to live the reproductive lives they want and need, it may be necessary for states to fund certain services they cannot afford themselves – such as prenatal care, abortion, and childbirth service ».

¹⁹⁷⁵ SIEGEL Reva, « Abortion as a sex equality right. Its basis in feminist theory », in EHRENREICH Nancy, *The reproductive rights reader. Law, medicine and the construction of motherhood*, *op. cit.*, p. 155 : « Considered from a physiological standpoint, no man is similarly situated to the pregnant women facing abortion restrictions ».

¹⁹⁷⁶ MACKINNON Catharine, « Reflections on sex equality under law », *The Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, p. 1309.

¹⁹⁷⁷ SIEGEL Reva, « Abortion as a sex equality right. Its basis in feminist theory », *op. cit.*, p. 156 : « Abortion restrictions are gender-biased in justification and structure, reflecting diverse forms of status-based reasoning about women's roles ».

conduit à perpétuer le confinement des femmes dans la sphère domestique¹⁹⁷⁸. Dès lors, pour ces auteures, la réalisation de l'égalité des sexes implique que le droit reconnaisse, d'une part, la capacité pour les femmes de contrôler leur propre corps et leurs facultés procréatives d'un point de vue physiologique¹⁹⁷⁹ et, d'autre part, que les entraves à l'autonomie procréative soient considérées comme des discriminations, dans une perspective de lutte contre la répartition inégale des rôles sociaux de sexe¹⁹⁸⁰.

618. Le droit international a en ce sens admis que la réalisation de l'égalité des sexes nécessitait la reconnaissance d'une autonomie procréative pour les femmes. Certes, la CEDEF « ne proclame pas formellement un droit des femmes sur leur corps, et notamment une autonomie en matière sexuelle et génésique »¹⁹⁸¹. On peut comprendre cette incomplétude dans un texte datant de 1979. Mais à partir de 1994, le Comité CEDEF a complété, précisé et élargi les obligations des États parties s'agissant des droits liés à la santé reproductive des femmes. Il a d'abord interprété l'article 16-e) de la Convention comme consacrant l'autonomie des femmes en matière de reproduction¹⁹⁸², tendant à l'affranchissement, pour celles-ci, « des contraintes biologiques et des normes culturelles traditionnelles en permettant de faire de la procréation une liberté choisie »¹⁹⁸³. Le Comité a de plus imposé certaines obligations qui n'étaient pas prévues explicitement par le texte de l'article 12 de la Convention, afin de « respecter, protéger et garantir » l'autonomie procréative des femmes nécessaire à la réalisation de l'égalité. Il a ainsi considéré que les États devaient s'abstenir d'entraver le choix des femmes d'enfanter, en interdisant en particulier les stérilisations forcées opérées dans un certain nombre d'États¹⁹⁸⁴. De même, le Comité a entendu « protéger » l'autonomie procréative des femmes, en enjoignant les États à « prendre toutes les mesures appropriées pour éviter que des violations de droits ne soient commises par des tiers »¹⁹⁸⁵, par exemple, par l'interdiction des clauses de conscience opposées par les professionnels de santé contre la réalisation d'une IVG ou de délivrance de contraceptifs¹⁹⁸⁶. Si le

¹⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 157.

¹⁹⁷⁹ POLLACK PETCHESKY Rosalind, « Beyond “a woman's right to choose”. Feminist ideas about reproductive rights », in EHRENREICH Nancy, *The reproductive rights reader. Law, medicine and the construction of motherhood*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁹⁸⁰ SIEGEL Reva, « Abortion as a sex equality right. Its basis in feminist theory », *op. cit.*, p. 157 : à propos de l'affaire *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* de 1992, dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a reconnu le caractère discriminatoire des entraves à l'avortement : « *The Court ruled that laws prohibiting abortion offend the Constitution because they use the power of the state to impose traditional sex roles on women* ».

¹⁹⁸¹ ROMAN Diane, « Le corps des femmes. Autonomie et intégrité corporelles dans la Convention », *op. cit.*, p. 185.

¹⁹⁸² Recommandation générale n° 21, « Égalité dans le mariage et dans les rapports familiaux », treizième session, 1994, point 21.

¹⁹⁸³ ROMAN Diane, « Le corps des femmes. Autonomie et intégrité corporelles dans la Convention », *op. cit.*, p. 186. Recommandation générale n° 21, point 22.

¹⁹⁸⁴ Recommandation générale n° 24, « Les femmes et la santé », vingtième session, 1999, point 22.

¹⁹⁸⁵ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, « Du sexe au genre : Le corps des femmes en droit international », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, MUIR WATT Horatia, RUIZ-FABRI Hélène, TOURME JOUANNET Emmanuelle, *Féminisme et droit international. Études francophones*, Société de législation comparée, 2015, p. 283.

¹⁹⁸⁶ Recommandation générale n° 24, point 11.

Comité ne consacre pas un droit général des femmes à se faire avorter¹⁹⁸⁷, il a néanmoins reconnu un droit à l'avortement lorsque la santé des femmes enceintes est en danger¹⁹⁸⁸. Enfin, les États parties doivent réaliser l'autonomie procréative des femmes, en garantissant à la fois l'information et l'éducation relatives à la contraception¹⁹⁸⁹, et l'accès effectif aux services de santé, notamment dans le cadre de la grossesse et de l'accouchement¹⁹⁹⁰. Par conséquent, la violation de ces obligations par les États constitue des atteintes à l'égalité réelle, car elles désavantagent spécifiquement les femmes en compromettant leurs choix en matière de reproduction¹⁹⁹¹.

619. Le droit français reconnaît, à l'instar du droit international, le lien entre la « santé sexuelle et reproductive » et les « droits de la femme », comme en témoigne l'intitulé de la deuxième partie du Code de la santé publique¹⁹⁹². Toutefois, le législateur s'est montré moins enclin, jusqu'à récemment, à faire le lien entre garantie d'une autonomie procréative pour les femmes et l'égalité réelle. Par exemple, l'IVG n'a pas été autorisée par la loi de 1975 dans une perspective d'égalité des sexes¹⁹⁹³ mais plutôt comme une mesure de « santé publique »¹⁹⁹⁴, « une dérogation au respect dû à la vie, une concession admise au nom de la détresse de la femme enceinte »¹⁹⁹⁵.

620. L'approche du législateur a toutefois nettement évolué¹⁹⁹⁶ afin de « mieux garantir les droits sexuels et reproductifs des femmes », comme une condition de « l'égalité réelle »¹⁹⁹⁷. La loi

¹⁹⁸⁷ ROMAN Diane, « Le corps des femmes. Autonomie et intégrité corporelles dans la Convention », *op. cit.*, p. 192.

¹⁹⁸⁸ Comité CEDEF, n° 22/2009, TPF et LC c/ Pérou.

¹⁹⁸⁹ Recommandation générale n° 24, point 23.

¹⁹⁹⁰ Recommandation générale n° 24, point 26.

¹⁹⁹¹ ROMAN Diane, « Le corps des femmes. Autonomie et intégrité corporelles dans la Convention », *op. cit.*, p. 196 : « Loin de concevoir une seule égalité formelle, indifférente aux spécificités des besoins de santé des femmes, le Comité recherche la mise en œuvre d'une égalité substantielle, qui prenne en compte les différences de besoins entre femmes et hommes en matière de reproduction ».

¹⁹⁹² « Santé sexuelle et reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant, de l'adolescent et du jeune adulte ». Cette partie du Code prévoit ainsi des moyens de garantir l'autonomie procréative des femmes, tels que l'IVG (articles L. 2211-1 à L. 2223-2), ainsi que la planification familiale prévue, notamment pour « informer, conseiller et aider la femme qui demande une interruption volontaire de grossesse » (article L. 2311-3), ou encore pour « délivrer, à titre gratuit, des médicaments, produits ou objets contraceptifs » (article L. 2211-4).

¹⁹⁹³ Certains députés avançaient cependant que la légalisation de l'avortement contribuerait à la réalisation de l'égalité des sexes, en permettant aux femmes de choisir d'être ou de ne pas être mères. Voir par exemple l'intervention de la députée Gisèle Moreau lors de la deuxième séance du 26 novembre 1974 à l'Assemblée nationale, p. 7027.

¹⁹⁹⁴ MARGUET Laurie, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2014 : « Il s'agit alors notamment de protéger les femmes contre les avortements clandestins mais non de consacrer un droit pour les femmes à l'autonomie procréative ou à la libre disposition de leur corps ». Pourtant, les revendications féministes des années 1970 en faveur de l'avortement étaient fondées sur l'argument de l'autonomie procréative et étaient « portées au nom de l'égalité des sexes : les hommes ne se sont jamais vus privés du contrôle de leur corps ou de leur procréation et ne sont, de plus, pas socialement astreints aux tâches liées par la suite à l'éducation de l'enfant. Ils n'ont donc pas à porter socialement le poids de cette responsabilité ».

¹⁹⁹⁵ ROMAN Diane, « Les aspects médico-sociaux de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *RDSS*, 2014, p. 863.

¹⁹⁹⁶ Le recours à l'avortement a ainsi été libéralisé depuis sa dépénalisation en 1975, notamment à travers l'allongement des délais durant lesquels l'IVG peut être pratiquée, ainsi que par le droit pour la mineure de décider seule de recourir à l'interruption, sans accord des titulaires de l'autorité parentale (loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception) ou encore par le remboursement intégral de l'IVG par la sécurité sociale (loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013). La loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a encore favorisé l'accès à l'IVG, par la suppression du délai de réflexion de sept jours entre la première consultation et la

du 4 août 2014 sur l'égalité réelle prévoit ainsi que les collectivités territoriales prennent notamment « des actions visant à assurer aux femmes la maîtrise de leur sexualité, notamment par l'accès à la contraception et à l'interruption volontaire de grossesse », afin de « mettre en œuvre une politique pour l'égalité entre les femmes et les hommes »¹⁹⁹⁸. Ce changement d'approche traduit la volonté du législateur de mieux garantir, pour les femmes, la libre disposition de leur corps. Elle a surtout eu pour objectif d'insister sur l'autonomie procréative, en faisant du choix des femmes la condition première du recours à l'avortement¹⁹⁹⁹, ce qui n'a d'ailleurs pas manqué de susciter des critiques de la part de parlementaires y voyant une dangereuse libéralisation²⁰⁰⁰. Le législateur a élargi le champ d'application du délit d'entrave à l'IVG, qui punit de deux ans de prison et de 30 000 euros d'amende, le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher, non plus seulement de pratiquer un avortement, mais aussi de s'informer sur l'interruption volontaire de grossesse. Il a ainsi souhaité préserver la possibilité pour les femmes « de prendre des décisions libres, éclairées et responsables en matière de reproduction et de planification familiale »²⁰⁰¹. Mais en dépit du lien désormais explicite entre la réalisation de l'égalité réelle et la protection de l'autonomie procréative des femmes, certains auteurs ont souligné le manque d'effectivité de l'accès à l'IVG²⁰⁰², allant parfois jusqu'à nier la consécration d'un droit « droit à l'avortement » qui ferait de la décision de la femme la seule condition à l'IVG²⁰⁰³. Par conséquent, si la réalisation de l'égalité des sexes implique aujourd'hui en droit français la protection de la liberté procréative des femmes, dans une logique asymétrique, la question d'un « droit à l'avortement » est encore discutée en France. La question a été beaucoup plus tranchée au niveau européen.

confirmation écrite, par l'autorisation faite aux sages-femmes de pratiquer une IVG médicamenteuse et par la généralisation du tiers payant permettant aux femmes qui avortent de ne pas avoir à avancer les frais.

¹⁹⁹⁷ Exposé des motifs de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, p. 5.

¹⁹⁹⁸ Article 1-4 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

¹⁹⁹⁹ La loi a procédé, dans ce sens, à de légères modifications de l'encadrement juridique de l'IVG. Désormais, il n'est plus exigé que les femmes soient placées « dans une situation de détresse » pour pouvoir avorter ; il suffit qu'elles ne veuillent « pas poursuivre la grossesse » (Article 24 de la loi n° 2014-873 précitée, modifiant l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique). Cette modification est essentiellement « symbolique », puisque les juges laissaient déjà une place exclusive à l'appréciation subjective de la « détresse » par la femme enceinte (voir CE Ass., 31 octobre 1980, *Labache*, n° 13028).

²⁰⁰⁰ Certains sénateurs ont ainsi saisi le Conseil constitutionnel (2014-700 DC) en arguant que la suppression de la condition de détresse portait une atteinte excessive au « respect de tout être humain dès le commencement de sa vie » prévu par l'article 1^{er} de la loi du 17 janvier 1975 et reconnu par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.

²⁰⁰¹ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, « Du sexe au genre : Le corps des femmes en droit international », *op. cit.*, p. 286.

²⁰⁰² En témoigne l'accès souvent difficile à des établissements la pratiquant dans des délais satisfaisants (ROMAN Diane, « Les aspects médico-sociaux de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *op. cit.*, p. 863), mais aussi l'absence de suppression de la « clause de conscience » permettant au personnel de santé de refuser de pratiquer ou de concourir à une IVG (voir GRÜNDLER Tatiana, « La clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison ? », *Droit et cultures*, n° 74, 2017/2 ; la sénatrice Laurence Cohen avait souhaité la suppression de la « clause de conscience des médecins », prévue à l'article L. 2212-8 du Code de la santé publique, mais son amendement n'a pas été adopté), ou encore l'absence de réparation du préjudice résultant de la naissance d'un enfant non désiré (MARGUET Laurie, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *op. cit.*)

²⁰⁰³ Sur ce point, voir MARGUET Laurie, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *op. cit.*

621. **Le défaut d'accès au droit d'être ou de ne pas être parent non constitutif d'une discrimination.** Si le droit international admet que les entraves à l'autonomie procréative des femmes puissent constituer des discriminations, la Cour européenne des droits de l'homme nie cependant que le respect de la liberté procréative puisse impliquer, en contrepartie, une obligation positive pour les États de garantir l'accès au droit de ne pas être parent et au droit d'être parent²⁰⁰⁴.

622. Dans l'affaire *ABC contre Irlande* de 2010, la Cour européenne a en ce sens refusé de consacrer un droit à l'avortement, qui serait opposable à l'État sur le terrain du respect à la vie privée et de la non-discrimination²⁰⁰⁵. Si la Cour européenne estime que l'article 8 s'applique bien au cas des requérantes, car il englobe «le droit à l'autonomie personnelle et le droit au développement personnel»²⁰⁰⁶, elle affirme ensuite clairement qu'il «ne saurait s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement»²⁰⁰⁷. La Cour européenne observe que le consensus existant entre les États européens sur l'autorisation de l'avortement «ne réduit pas de manière décisive l'ample marge d'appréciation de l'État»; or, une telle solution peut étonner, car le constat d'un consensus européen a précisément pour but, selon la jurisprudence traditionnelle de la Cour, de réduire la marge d'appréciation de l'État en cause²⁰⁰⁸. La seule obligation positive en matière d'avortement reconnue par la Cour est celle concernant l'accès effectif à la procédure d'avortement prévu par le droit irlandais, à savoir, lorsque la vie de la femme est en danger²⁰⁰⁹. L'obligation est donc minimale : il s'agit pour l'État de simplement garantir que les procédures qu'il met en place pour l'accès à l'avortement thérapeutique soient respectées²⁰¹⁰.

623. En tout état de cause, la conclusion de la non-violation de l'article 8 de la Convention, s'agissant du cas des deux premières requérantes, mène la Cour à écarter la question de la

²⁰⁰⁴ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, «Du sexe au genre : Le corps des femmes en droit international», *op. cit.*, p. 287 : «Il n'existe en droit international pas d'obligation positive permettant d'assurer un "droit à l'enfant", pas plus que d'obligation positive permettant que soit garanti un "droit à l'avortement"».

²⁰⁰⁵ En l'espèce, deux des trois requérantes, ayant été contraintes de se rendre en Angleterre pour avoir recours à l'avortement, contestaient, notamment sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention, l'interdiction faite par le droit irlandais de recourir à l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être. S'agissant de l'article 8 relatif au respect de la vie privée, les requérantes arguaient que l'interdiction de l'avortement portait atteinte «à la part la plus intime de leur vie privée et familiale, y compris à leur intégrité physique», en leur imposant une grossesse qu'elles ne désiraient pas (CEDH, 16 décembre 2010, *A, B et C c/ Irlande*, n° 25579/05, point 168).

²⁰⁰⁶ Affaire *A, B et C* précitée, point 212.

²⁰⁰⁷ Affaire *A, B et C* précitée, point 214. L'ingérence dans le droit à la vie privée des requérantes est en effet justifiée par un but légitime, à savoir celui de «protéger la morale, dont la défense du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect en Irlande» (point 227). Le droit irlandais respecte également le principe de proportionnalité de l'atteinte au but poursuivi, en autorisant les femmes à avorter dans d'autres pays et prévoyant des mesures d'informations et de conseils sur une telle possibilité (point 239).

²⁰⁰⁸ ROMAN Diane, «L'avortement devant la Cour européenne des droits de l'homme : L'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire», *RDSS*, 2011, p. 293.

²⁰⁰⁹ Affaire *A, B et C* précitée, point 267. La Cour donne ainsi raison à la troisième requérante, qui était atteinte d'un cancer et dont la grossesse présentait un risque pour sa vie.

²⁰¹⁰ CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c/ Pologne*, n° 5410/03 ; CEDH, 26 mars 2011, *R. R. c/ Pologne*, 27617/04.

violation de l'article 14 relatif à la non-discrimination – qui ne peut être examiné que de manière combinée avec un autre article de la Convention²⁰¹¹. Les requérantes avaient pourtant allégué que la restriction de l'avortement revêtait un caractère discriminatoire, car « en leur qualité de femmes, elles auraient eu à supporter, du fait de ces restrictions et limitations, une charge excessive »²⁰¹². La Cour européenne avait de plus déjà admis le caractère asymétrique des droits de la femme en matière d'avortement, « puisque c'est elle qui est essentiellement concernée par la grossesse, sa poursuite ou son interruption »²⁰¹³. Mais, en l'espèce, elle élude la question de la discrimination et refuse dès lors de se prononcer sur l'aspect asymétrique du désavantage en cause.

624. Le refus opposé à une femme d'accéder à la procréation médicalement assistée (PMA) n'a pas non plus été considéré par la Cour européenne comme une violation du respect de la décision de devenir parent et *a fortiori* comme constitutif d'une discrimination. Dans l'affaire *Evans c/ Royaume-Uni* de 2007, la requérante reprochait au droit anglais d'autoriser son ex-compagnon à révoquer son consentement à la conservation et à l'utilisation des embryons créés par eux conjointement, à la suite d'une fécondation *in vitro* (FIV), décidée en raison de la stérilité de la requérante. Afin d'obtenir le droit d'utiliser ces embryons, cette dernière faisait valoir le caractère asymétrique de la FIV et de ses conséquences, en affirmant que « l'investissement émotionnel et physique de la femme dans le processus serait bien supérieur à celui de l'homme et justifierait favoriser les droits de la femme au regard de l'article 8 »²⁰¹⁴. L'inégalité entre les sexes est en effet dans ce contexte indéniable. D'une part, le stock d'ovules des femmes est limité – contrairement au stock de sperme des hommes –, les stimulations ovariennes sont beaucoup plus douloureuses et dangereuses que le don de sperme, et il était impossible, médicalement parlant, à l'époque des faits, pour une femme risquant de devenir stérile, de faire congeler ses ovocytes – contrairement à un homme²⁰¹⁵. D'autre part, les femmes ne peuvent stocker leurs gamètes afin de concevoir des embryons à l'aide d'un donneur de sperme anonyme sans projet parental précis²⁰¹⁶. Dès lors, s'agissant de la conservation des embryons obtenus, l'inégalité des femmes et des hommes face à la FIV justifiait, selon la requérante, de donner un poids plus important au consentement de la femme qu'à celui de l'homme.

²⁰¹¹ Affaire *A, B et C* précitée, point 270.

²⁰¹² Affaire *A, B et C* précitée, point 269.

²⁰¹³ CEDH, 5 septembre 2002, *Boso c/ Italie*, n° 50490/99, point 2.

²⁰¹⁴ CEDH, *Evans c/ Royaume-Uni*, n° 6339/05, point 62.

²⁰¹⁵ SHELDON Sally, « Gender equality and reproductive decision-making », *Feminist Legal Studies*, Vol. 12, 2004, p. 314 : « *The root of the inequality here is clearly one imposed by biology and the state of medical science : sperm stores well, unfertilised eggs do not* ».

²⁰¹⁶ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, « Du sexe au genre : Le corps des femmes en droit international », *op. cit.*, p. 291. La femme « ne se verra pas proposer la conception d'embryons avec le sperme d'un donneur anonyme (qui ne retirera jamais, par hypothèse, son consentement au dernier moment), au motif qu'il est exigé de la femme qui veut stocker des gamètes qu'elle puisse donner des gages d'une relation stable existante et d'un projet parental précis ».

625. La Cour européenne s'est toutefois tenue à une approche symétrique du consentement et a refusé « de s'interroger sur la substance des droits procréatifs en cause et la manière différenciée dont ils étaient mis en cause par les faits de l'espèce »²⁰¹⁷. De la même manière, les juges anglais avaient estimé qu'on ne pouvait imposer à l'ex-compagnon de la requérante d'engendrer un enfant en ignorant son consentement, car, par comparaison, cela équivaldrait à imposer à une femme la grossesse et l'accouchement. Mais le processus de comparaison est ici inadéquat, comme le relève Sally Sheldon, car, d'une part, la grossesse et l'accouchement placent précisément les femmes dans une situation différente de celle des hommes et, d'autre part, l'usage du sperme de l'ex-compagnon ne conduirait pas à faire de lui le père légal de l'enfant, alors que l'accouchement ferait de la femme la mère légale de celui-ci²⁰¹⁸. Pour l'auteure, comme pour la requérante, aligner la symétrie du consentement sur l'hypothétique symétrie des femmes et des hommes dans le vécu de la FIV et, plus largement, de la procréation s'avère par conséquent erroné.

626. Dans une opinion dissidente, certains juges ont, contrairement à la Cour, précisément adopté l'approche asymétrique et ont conclu à la violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention²⁰¹⁹. Ils s'écartent ainsi explicitement du processus de comparaison nécessaire traditionnellement à la reconnaissance de la discrimination²⁰²⁰ : c'est justement parce que les femmes doivent supporter dans les faits une charge particulière en matière de PMA, et sont dès lors dans une situation différente – moins favorable – à celle des hommes, qu'une législation accordant le même poids au consentement de l'homme et de la femme est discriminatoire. En somme, à situation différente, la loi doit traiter hommes et femmes différemment ; à défaut elle est considérée comme discriminatoire²⁰²¹.

627. Par conséquent, l'approche asymétrique n'a pas été approfondie, en droit européen comme en droit français, jusqu'à admettre que l'absence de mise en œuvre concrète des droits

²⁰¹⁷ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, « Du sexe au genre : Le corps des femmes en droit international », *op. cit.*, p. 291.

²⁰¹⁸ SHELDON Sally, « Gender equality and reproductive decision-making », *op. cit.*, p. 309.

²⁰¹⁹ Selon eux, au lieu de retenir une approche symétrique du consentement, le droit anglais aurait dû prendre en compte le fait qu'une « femme se trouve placée dans une situation différente d'un homme du point de vue de la naissance d'un enfant, y compris lorsque la législation autorise des méthodes de fécondations artificielles », ainsi que « l'ampleur de la charge physique et émotionnelle et des conséquences qu'emporte cette situation » sur les femmes (opinion dissidente commune aux juges Türmen, Tsatsanikolovska, Spielmann et Ziemele, point 15).

²⁰²⁰ Opinion dissidente commune aux juges Türmen, Tsatsanikolovska, Spielmann et Ziemele, point 15 : « Il se peut qu'aux fins de l'article 14 la comparaison doive se faire avec un homme stérile. Toutefois, même cette comparaison n'illustre pas toute la complexité du problème soulevé par la présente espèce ».

²⁰²¹ Les juges font référence à l'affaire *Thlimmenos c/ Grèce* du 6 avril 2000 (n° 34369/97) dans laquelle la Cour européenne a consacré la formule de l'égalité « matérielle » : « Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes » (point 44).

reproductifs pouvait être constitutive d'une discrimination fondée sur le sexe. Le droit européen s'est montré davantage enclin, à l'instar du droit international, à considérer certaines formes de violences comme des discriminations faites aux femmes ; si le droit français n'a pas suivi une telle qualification, il a néanmoins admis le caractère sexo-spécifique de ces violences, ce qui a permis de renforcer la protection des victimes.

2) Des formes de violences reconnues comme atteintes aux droits des femmes

628. La prise en compte du fait que les femmes sont davantage victimes de certains types de violences que les hommes²⁰²² – en raison des représentations et préjugés liés au genre – a conduit le droit international et européen à qualifier celles-ci de discriminations fondées sur le sexe. Le droit français n'a pas été jusqu'à admettre une telle qualification, mais la prise en compte de la dimension sexo-spécifique des violences conjugales et sexuelles a tout de même permis de les rendre visibles et de mieux les sanctionner. Une telle approche a néanmoins suscité des critiques, certains craignant, d'un côté, une invisibilisation des autres formes de violences, et de l'autre, un renforcement du stéréotype de la femme victime et vulnérable.

629. **La reconnaissance du caractère discriminatoire de certains types de violences par le droit international et européen.** La reconnaissance des violences faites spécifiquement aux femmes en droit international s'est faite progressivement, d'abord sur le terrain du droit international humanitaire. Les instruments juridiques internationaux sont pourtant longtemps demeurés aveugles aux violences commises contre les femmes en temps de guerre, et notamment aux viols de masse utilisés comme « armes de guerre »²⁰²³. Mais des auteures féministes dénoncent

²⁰²² Ainsi en France, les chiffres avancés par le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, publiés dans le rapport intermédiaire du 4^e plan interministériel de lutte contre les violences faites aux femmes pointent cette asymétrie (Rapport n° 2016-04-19-VIO-20 publié le 19 avril 2016) : concernant les violences au sein du couple, « chaque année, 216 000 femmes âgées de 18 à 75 ans sont victimes de violences physiques et/ou sexuelles de la part de leur ancien ou actuel partenaire intime (mari, concubin, pacsé, petit-ami...) » ; en 2014, 134 femmes sont décédées à la suite de violences au sein du couple contre 31 hommes. Pour ces derniers, « dans une majorité des cas, les hommes sont victimes soit de leur compagne ou ex-compagne victimes de violences au sein de leur couple, parfois en légitime défense, soit de leur compagnon homme » (source : « Étude nationale sur les morts violentes au sein du couple. Année 2014 ». Ministère de l'Intérieur, Délégation aux victimes). S'agissant des violences sexuelles, « 86 000 femmes âgées de 18 à 75 ans déclarent avoir été victimes de viol ou de tentative de viol chaque année, soit près de 240 femmes concernées par jour » (source : CVS 2010-2013- INSEE-ONDRP). Les femmes sont également davantage concernées par les mutilations sexuelles (« en 2004, 53 000 femmes âgées de 18 ans et plus ayant subi une forme de mutilations sexuelles vivaient en France » (source : INED – Population et sociétés, n° 438, octobre 2007, « Les mutilations sexuelles féminines : le point sur la situation en Afrique et en France ») et par les mariages forcés (« 4 % des femmes immigrées vivant en France et 2 % des filles d'immigrés nées en France âgées de 26 à 50 ans ont subi un mariage non consenti » (source : Enquête Trajectoires et Origines, INED-INSEE, 2008)).

²⁰²³ Ainsi, les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907, posant les jalons du droit international humanitaire, ne sanctionnaient pas le viol en temps de guerre, mais protégeaient simplement « l'honneur et les droits de la famille » (article 46 de la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907). Comme l'explique Claire Fourcans : « Cet article est le reflet de la perception qui prévalait alors à l'égard des violences sexuelles : elles étaient plus considérées comme des atteintes à l'honneur – de la femme, mais surtout de son mari, de sa famille et de sa communauté – que comme des atteintes à l'intégrité physique » (FOURCANS Claire, *Les violences sexuelles devant les juridictions pénales internationales*, *op. cit.*, p. 14. L'auteure évoque en particulier l'ampleur des violences sexuelles perpétrées par les troupes allemandes et russes pendant la Seconde Guerre

dans les années 1990 la perpétuation du caractère « androcentré » du droit international, qui prend surtout en compte les violations des droits de l'homme et des droits des femmes²⁰²⁴. Judith Gardam critique plus particulièrement le droit international humanitaire, qui donne plus d'importance à la protection des combattants – majoritairement des hommes – que des civils – dont font majoritairement partie des femmes²⁰²⁵. Pour ces auteures, l'incapacité du droit international à sanctionner les violences faites spécifiquement aux femmes vient de la division que le droit opère entre la sphère publique et la sphère privée²⁰²⁶. En se concentrant sur la régulation étatique, le droit international s'abstient de réguler « la sphère privée du foyer et de la famille et de protéger effectivement les femmes contre les violations de leurs droits au quotidien »²⁰²⁷. Cette perspective féministe a directement influencé la prise en compte des violences spécifiques aux femmes sur la scène judiciaire internationale²⁰²⁸ et dans les textes internationaux²⁰²⁹. La Conférence mondiale de 1993 sur les droits de l'homme tenue à Vienne²⁰³⁰, tout comme les statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*²⁰³¹, a ainsi condamné expressément les violences exercées massivement contre les femmes en temps de guerre. Le statut de la Cour pénale internationale prévoit dans le même sens que constituent des crimes contre l'humanité et crimes de guerre, le viol, mais aussi l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée « ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable »²⁰³². La reconnaissance du caractère sexo-spécifique de ces violences n'a donc pas seulement eu pour effet de prendre en compte les droits des femmes en temps de guerre, elle a

mondiale et pendant les guerres en ex-Yougoslavie et au Rwanda). La référence à l'« honneur » a disparu avec l'adoption du Protocole additionnel aux Conventions de Genève, qui reconnaît la protection spécifique des femmes, « notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et toute autre forme d'attentat à la pudeur » (article 76-1 du Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté le 8 juin 1977).

²⁰²⁴ CHARLESWORTH Hilary, CHINKIN Christine, WRIGHT Shelley, « Feminist approaches to International Law », *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1995, p. 628.

²⁰²⁵ GARDAM Judith, « Women and the law of armed conflict : why the silence ? », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, 1997, p. 62 : « In the development of the law of armed conflict, humanitarian considerations have always taken second place to military necessity, especially when the restraints are to protect non-combatants ».

²⁰²⁶ GARDAM Judith, « Women and the law of armed conflict : why the silence ? », *op. cit.*, p. 65.

²⁰²⁷ ROMAN Diane, « Le corps des femmes. Autonomie et intégrité corporelles dans la Convention », *op. cit.*, p. 202.

²⁰²⁸ FOURCANS Claire, *Les violences sexuelles devant les juridictions pénales internationales*, *op. cit.*, p. 50. Un groupe de femmes formé lors de la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a ainsi soumis des propositions afin d'orienter le règlement dans ce sens.

²⁰²⁹ Sur les stratégies des organisations féministes et leur influence sur la modification du droit international, voir : HALLET Janet, « Rape at Rome : Feminist interventions in the criminalization of sex-related violence in positive international law », *Michigan Journal of International Law*, Vol. 30/1, 2008, p. 1-123.

²⁰³⁰ Déclaration et programme d'action de Vienne, adopté le 25 juin 1993, points 28 et 38.

²⁰³¹ Voir en particulier l'affaire *Akayesu* examinée par le Tribunal pour le Rwanda le 2 septembre 1998 (n° ICTR-96-4-T) dans laquelle le viol est reconnu comme crime contre l'humanité car constitutif du génocide. Le statut du Tribunal *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie place ainsi le viol parmi les actes criminels constitutifs du « crime contre l'humanité » (article 5 du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie adopté le 25 mai 1993, résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies) ; le statut du Tribunal *ad hoc* pour le Rwanda reprend cette qualification et ajoute « le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur » comme violations des Conventions de Genève (Article 3 et 4 du statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda adopté le 8 novembre 1994, résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies).

²⁰³² Article 7-g) et article 8-2-e) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 juillet 1998.

permis de condamner des violences qui étaient auparavant invisibles aux yeux du droit international humanitaire.

630. Le droit international a également admis le caractère asymétrique de certaines violences perpétrées en temps de paix²⁰³³. Si le texte de la CEDEF de 1979 demeure muet sur cette question²⁰³⁴, le Comité CEDEF a été beaucoup plus loquace, en intégrant à partir de 1992 le caractère asymétrique de certaines violences²⁰³⁵, notamment sexuelles, et en considérant explicitement celles-ci comme des discriminations fondées sur le sexe²⁰³⁶. Pour le Comité, le caractère discriminatoire des violences résulte des rôles de genre stéréotypés communément assignés aux femmes qui en font « un objet de soumission » perpétuant ainsi la hiérarchie de genre en les confinant « dans des rôles subordonnés »²⁰³⁷. À noter que, au-delà commises sur les femmes par les pouvoirs publics, le Comité reconnaît l'obligation positive des États d'agir, au sein même de la sphère privée, pour réguler les relations horizontales interindividuelles²⁰³⁸. Le cadre des violences discriminatoires dépeint par le Comité est donc très large. Surtout, « le lien conceptuel dressé entre violences et discriminations a eu une portée considérable »²⁰³⁹ : cela a permis, par la suite, de mettre à jour et de sanctionner des types de violences commises à l'encontre des femmes jusqu'alors ignorées par le droit international, comme l'exploitation de la prostitution des femmes à travers les réseaux de traite²⁰⁴⁰, les mutilations génitales féminines²⁰⁴¹, les violences domestiques²⁰⁴², ou en encore les agressions sexuelles et le viol, dont la définition est élargie pour mettre l'accent sur l'absence de consentement de la victime²⁰⁴³.

²⁰³³ Voir sur cette question : MEYERSFELD Bonita, *Domestic violence and International Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2012.

²⁰³⁴ Ce qui n'a pas manqué de susciter la critique d'auteurs féministes, qui ont souligné l'incapacité de la CEDEF à se départir d'une approche formelle des discriminations conduisant à « ignorer les multiples différences et inégalités réelles entre les sexes et les obstacles empêchant d'y remédier » (CHARLESWORTH Hilary, CHINKIN Christine, WRIGHT Shelley, « Feminist approaches to International Law », *op. cit.*, p. 631).

²⁰³⁵ Recommandation n° 19, onzième session, 1992, point 6 : « L'article premier de la Convention définit la discrimination à l'égard des femmes. Cette définition inclut la violence fondée sur le sexe, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme ».

²⁰³⁶ Recommandation n° 19 précitée, points 1 et 4.

²⁰³⁷ Recommandation n° 19 précitée, point 11. Le Comité condamne également la pornographie qui encourage la violence fondée sur le sexe en dépeignant la femme « comme objet sexuel plutôt que comme être humain ».

²⁰³⁸ Recommandation n° 19 précitée, point 9.

²⁰³⁹ ROMAN Diane, « Le corps des femmes. Autonomie et intégrité corporelles dans la Convention », *op. cit.*, p. 200.

²⁰⁴⁰ Certes déjà visée par la CEDEF, recommandation n° 19 précitée, point 13.

²⁰⁴¹ CEDEF, recommandation n° 14, neuvième session, 1990 condamnant la pratique de l'excision.

²⁰⁴² Le Comité a en ce sens qualifié de discriminatoires, en enjoignant les États à faire de ces violences une infraction et de permettre les victimes d'agir sur le terrain pénal de façon effective (voir, pour la première affaire en ce sens : CEDEF, 26 janvier 2005, *AT c/ Hongrie*, 2/2003) (ROMAN Diane, « Le corps des femmes. Autonomie et intégrité corporelles dans la Convention », *op. cit.*, p. 205).

²⁰⁴³ L'accent mis sur le rôle du consentement est essentiel, car cela conduit à s'appuyer sur le point de vue de la victime pour qualifier le viol et à élargir le champ des agissements potentiellement considérés comme des viols (CEDAW/C/NOR/CO/8, 2012, point 24). En ce sens, le viol peut être reconnu alors même qu'il n'a pas eu de violences physiques à l'encontre de la victime, ce qui rend non-pertinente le fait que la victime se soit ou non débattue ; sur ce point, le Comité affirme qu'on ne peut déduire du comportement d'une femme qui n'a pas résisté à l'acte sexuel non désiré, son consentement. CEDEF, 16 juillet 2010, *Vertido c/*

631. La dimension asymétrique des violences a également été reconnue au niveau régional²⁰⁴⁴, notamment par le Conseil de l'Europe, avec la Convention d'Istanbul de 2011, spécifique à la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique²⁰⁴⁵. La dimension genrée de cette violence²⁰⁴⁶ conduit la Convention à la considérer comme une forme de « discrimination à l'égard des femmes »²⁰⁴⁷, dont l'élimination contribue à « promouvoir l'égalité réelle entre les femmes et les hommes »²⁰⁴⁸. De nombreux agissements sont ainsi considérés comme discriminatoires et ne sauraient en outre être justifiés au nom de l'« honneur »²⁰⁴⁹ : les violences sexuelles – constituées par l'absence de consentement – les mariages forcés, les mutilations génitales féminines, les stérilisations forcées, le harcèlement sexuel ou encore les violences physiques et psychologiques.

632. La Cour européenne des droits de l'homme avait toutefois déjà fait sienne l'approche asymétrique, en particulier dans l'affaire *Opuz contre Turquie* de 2009, dans laquelle elle reconnaît pour la première fois le caractère discriminatoire de violences conjugales²⁰⁵⁰. La Cour condamne ainsi la Turquie sur le fondement des articles 2 et 3 et 14 de la Convention²⁰⁵¹, en raison de la passivité généralisée des juridictions turques à l'égard des violences domestiques qui touchent en premier lieu les femmes²⁰⁵². La passivité de l'État est ainsi sanctionnée en tant que tolérance générale vis-à-vis des violences subies par les femmes²⁰⁵³. Cette posture a été réaffirmée par la

Philippine, n° 18/2008, point 8-5). Une telle affirmation reposant sur des stéréotypes de genre sur la disponibilité sexuelle des femmes (CUSACK Simone, TIMMER Alexandra, « Gender stereotyping in rape cases : the CEDAW Committee's decision in *Vertido v. The Philippines* », *Human Rights Law Review*, Vol. 11, 2011, p. 329-342). Voir sur cette question : MACKINNON Catharine, « Reflections on sex equality under the law », *op. cit.*, p. 1300 ; ESTRICH Susan, *Real rape : how the legal system victimizes women who say no*, Cambridge, Harvard University Press, 1987).

²⁰⁴⁴ Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme « convention de Belém do Pará », adoptée le 9 juin 1994 : « La violence contre la femme constitue une offense à la dignité humaine et est une manifestation des rapports de pouvoir historiquement inégaux entre les hommes et les femmes ».

²⁰⁴⁵ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adopté le 11 mai 2011, ratifiée par la France par la loi n° 2014-476 du 14 mai 2014 et entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2014.

²⁰⁴⁶ La Convention reconnaît en effet la dimension sexo-spécifique des violences sexuelles et des violences domestiques, en qualifiant celles-ci de « violences à l'égard des femmes fondées sur le genre », touchant une femme « parce qu'elle est une femme ou affectant les femmes de manière disproportionnée ». Il apparaît dès lors clairement que les violences affectent de façon spécifique les femmes en raison du genre, défini comme « les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes » (article 3 c) et d) de la Convention d'Istanbul précitée).

²⁰⁴⁷ Article 3 a) de la Convention d'Istanbul précitée.

²⁰⁴⁸ Article 1-b) de la Convention d'Istanbul précitée.

²⁰⁴⁹ Article 42 de la Convention d'Istanbul précitée : « Cela couvre, en particulier, les allégations selon lesquelles la victime aurait transgressé des normes ou coutumes culturelles, religieuses, sociales ou traditionnelles relatives à un comportement approprié ».

²⁰⁵⁰ CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c/ Turquie*, n° 33401/02.

²⁰⁵¹ La Turquie est condamnée pour avoir failli à mettre en place un dispositif de protection effectif contre les violences conjugales – en l'espèce, l'auteur des violences avait été sanctionné de manière dérisoire après avoir poignardé sa femme, et remis en liberté après avoir tué sa belle-mère, alors qu'il continuait toujours de menacer la première. L'État ne saurait dès lors justifier une telle abstention en arguant que ces agissements relèvent de la sphère familiale privée dans laquelle les services de police n'auraient pas à intervenir (affaire *Opuz* précitée, point 195).

²⁰⁵² Affaire *Opuz* précitée, point 200.

²⁰⁵³ CEDH, 16 juillet 2013, *Mudric c/ Moldavie*, n° 74839/10, point 63.

Cour européenne dans plusieurs affaires de violences conjugales²⁰⁵⁴ – même si elle requiert que les victimes établissent le caractère discriminatoire des violences, par le biais de rapports ou de statistiques²⁰⁵⁵ – mais n’a toutefois pas été étendue à d’autres formes de violences²⁰⁵⁶. L’approche des violences en termes d’égalité des sexes conduit dès lors les juges, lorsqu’ils caractérisent l’infraction, à prendre en considération la manière dont les femmes victimes vivent de tels agissements²⁰⁵⁷.

633. Le droit français a partiellement pris en compte l’approche asymétrique retenue en droit international et européen, en améliorant le dispositif légal de lutte contre les violences sexuelles et conjugales et contre l’exploitation sexuelle, sans toutefois aller jusqu’à qualifier celles-ci de discriminations fondées sur le sexe.

634. **La mise en place de dispositifs protecteurs contre les violences faites spécifiquement aux femmes en droit interne.** Le traitement juridique des violences par le droit français a évolué par la prise en compte de la dimension sexo-spécifique ou genrée de certains types de violences. Des institutions publiques, telles que le Haut Conseil à l’égalité entre les femmes et les hommes (HCE)²⁰⁵⁸ et la Mission interministérielle pour la protection des femmes victimes de violences et la lutte contre la traite des êtres humains (MIPROF)²⁰⁵⁹, ont justement été créées en janvier 2013 afin de prendre en compte la vulnérabilité particulière des femmes face aux violences. Le HCE – tout comme la CNCDH²⁰⁶⁰ – utilise du reste la terminologie employée par la Convention d’Istanbul, se référant à l’expression de « violences

²⁰⁵⁴ CEDH, 28 mai 2013, *Emeria c/ Moldavie*, n° 3564/11 ; CEDH, 16 juillet 2013, *Mudric c/ Moldavie*, n° 74839/10 ; CEDH, 22 mars 2016, *M. G. c/ Turquie*, n° 646/10 ; CEDH, 28 juin 2016, *Halime Kiliç c/ Turquie*, n° 63034/11. Dans l’affaire *M. C. contre Bulgarie* toutefois, si la Cour ne se prononce pas sur le caractère discriminatoire du viol en l’espèce, elle admet tout de même que le respect par les sociétés de l’autonomie sexuelle des individus traduit l’avancée vers une « égalité effective ». Or, la réalisation de l’égalité nécessite pour la Cour de se départir d’une approche « trop rigide de la répression des infractions à caractère sexuel », en fondant notamment la qualification du viol sur l’absence de consentement de la victime plutôt que sur la preuve d’une résistance physique de la part de cette dernière (CEDH, 4 décembre 2003, *M.C c/ Bulgarie*, n° 39272/98, point 165).

²⁰⁵⁵ CEDH, 14 octobre 2010, *A. c/ Croatie*, n° 55164/08.

²⁰⁵⁶ Par exemple, dans l’affaire *Tremblay c/ France* du 11 septembre 2007 (n° 37194/02), la Cour ne considère pas que la prostitution puisse avoir « des conséquences en termes de violation des droits des femmes » (HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, « Du sexe au genre : Le corps des femmes en droit international », *op. cit.*, p. 278).

²⁰⁵⁷ Affaire *M.C* précitée, point 164.

²⁰⁵⁸ Décret n° 2013-8 du 3 janvier 2013 portant création du Haut Conseil à l’égalité entre les femmes et les hommes (modifié par l’article 181 de la Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l’égalité et à la citoyenneté). Cette institution remplace l’Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes créé en 1995, la Commission nationale contre les violences envers les femmes créée en 2001 et la Commission sur l’image des femmes dans les médias, créée en 2011. Il a pour but, à travers une approche transversale de l’égalité des sexes, « d’assurer la concertation avec la société civile et d’animer le débat public sur les grandes orientations de la politique des droits des femmes et de l’égalité », notamment en recueillant des données et des analyses, en évaluant les politiques publiques et les normes au regard de l’égalité et en formulant des recommandations, des avis et des propositions de réforme au Premier ministre. La « lutte contre les violences de genre » fait partie de ces cinq axes de travail.

²⁰⁵⁹ Décret n° 2013-7 du 3 janvier 2013 portant création d’une mission interministérielle pour la protection des femmes contre les violences et la lutte contre la traite des êtres humains. La MIPROF a principalement pour but de « rassembler, analyser et diffuser les informations et données relatives aux violences faites aux femmes » et de contribuer à la « réalisation d’études et de travaux de recherche et d’évaluation dans le domaine de la protection des femmes victimes de violences ».

²⁰⁶⁰ CNCDH, avis contre les violences contre les femmes et les féminicides, 26 mai 2016 ; CNCDH, avis sur les violences de genre et les droits sexuels et reproductifs dans les Outre-mer, 21 novembre 2017.

fondées sur le genre», qui « met en lumière l'aspect systémique de telles violences commises à l'encontre des femmes, faites aux femmes parce qu'elles sont des femmes »²⁰⁶¹.

635. Le législateur a lui-même intégré ce changement de paradigme dans l'appréhension des violences, mais de manière progressive : d'abord par la prise en compte de la dimension asymétrique uniquement dans le cadre des violences conjugales en 2006 et en 2010, puis par l'intégration d'une approche des violences dans une perspective d'égalité réelle en 2014 et en 2016, et enfin par la sanction des violences à caractère sexistes en 2017. Il convient de retracer succinctement cette évolution en distinguant ces trois étapes.

636. Premièrement, le législateur s'est saisi de la question des violences conjugales²⁰⁶², en reconnaissant que leur perpétuation est rendue possible par les stéréotypes de genre²⁰⁶³. Les parlementaires ont choisi de faire des violences sur conjoints, concubins ou partenaires une circonstance aggravante²⁰⁶⁴, dans les cas prévus par la loi ou le règlement²⁰⁶⁵, étendue aux violences de façon générale²⁰⁶⁶ et aux meurtres²⁰⁶⁷. Cette modification a permis la reconnaissance des violences exercées hors du strict cadre conjugal, par un partenaire d'un Pacs et par un ex-conjoint, ex-concubin ou ex-partenaire²⁰⁶⁸. Le législateur a également inscrit expressément dans le texte du Code pénal la répression du viol entre époux²⁰⁶⁹, longtemps ignoré par les juridictions, en

²⁰⁶¹ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Rapport intermédiaire d'évaluation du 4^e plan interministériel de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes*, Rapport n° 2016-04-19-VIO-20, 2016, p. 3.

²⁰⁶² La loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 a clairement été adoptée afin de rendre visible et de mieux remédier aux violences au sein du couple, reconnues comme touchant majoritairement les femmes (BRANGER Jean-Guy, Rapport d'information n° 229 (2004-2005) fait au nom de la délégation aux droits des femmes sur la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, déposé le 9 mars 2005 au Sénat, p. 5 : « Le phénomène des violences au sein du couple, dont au moins 90 % des victimes seraient des femmes, se pose en effet avec une réelle acuité »).

²⁰⁶³ BRANGER Jean-Guy, Rapport précité, p. 8.

²⁰⁶⁴ Article 222-13 du Code pénal : « Les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises : 4° ter sur le conjoint ; 6° par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ».

²⁰⁶⁵ Article 132-80 alinéa 1 du Code pénal : « Dans les cas respectivement prévus par la loi ou le règlement, les peines encourues pour un crime, un délit ou une contravention sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ».

²⁰⁶⁶ VIRIOT-BARRIAL Dominique, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2350.

p. 2350 : « À l'origine, cette circonstance était prévue pour les tortures et les actes de barbarie, les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail de plus de huit jours ».

²⁰⁶⁷ Article 221-4 4° et 9° du Code pénal.

²⁰⁶⁸ Article 132-80 alinéa 2 du Code pénal.

²⁰⁶⁹ Article 11 de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, insérant à l'article 222-22. Le viol entre époux a en effet été longtemps ignoré par les juridictions, comme si le consentement de la femme au mariage donnait une fois valait pour tous les actes sexuels au sein de celui-ci. La Cour de cassation a cependant mis fin à cette ignorance en 1992 en jugeant que : « La présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire » (Cass. crim., 11 juin 1992, n° 91-86346). Mais cet arrêt, de même que la loi de 2004, posaient encore le principe du consentement de l'acte sexuel entre époux, dont « la preuve du contraire » demeurerait difficile à avancer, car reposant sur le stéréotype selon lequel les femmes devraient « en principe » consentir aux actes sexuels au sein du mariage.

faisant de la relation de mariage, Pacs ou concubinage une circonstance aggravante du viol²⁰⁷⁰. En dépit de sa limitation au cadre des violences conjugales, la loi de 2006 a tout de même contribué à rendre apparentes les violences au sein du couple et à élargir le champ d'application de sa répression, en plus d'autres avancées significatives²⁰⁷¹. La loi du 9 juillet 2010 est ensuite venue renforcer le dispositif mis en place en 2006, en reconnaissant au sein même de son intitulé le caractère sexo-spécifique de ces types de violences²⁰⁷², bien que le dispositif introduit soit en apparence neutre quant au sexe des victimes et qu'il ne vise pas explicitement à la réalisation de l'égalité des sexes²⁰⁷³. La prise en compte de la réalité des violences vécues par les femmes transparaît néanmoins dans les dispositifs mis en place, favorables aux victimes²⁰⁷⁴.

637. Deuxièmement, la reconnaissance de la dimension sexo-spécifique des violences a mené le législateur à appréhender la lutte contre les violences faites aux femmes dans une perspective d'égalité réelle entre les femmes et les hommes. La loi de 2014 fait ainsi de l'amélioration des dispositifs en vigueur pour lutter contre les violences domestiques²⁰⁷⁵ et les mariages forcés²⁰⁷⁶

²⁰⁷⁰ Article 222-24 11° du Code pénal.

²⁰⁷¹ Notamment par la création d'un dispositif de protection des victimes (article 12 de la loi n° 2006-399 précitée, modifiant le Code de procédure pénale permettant d'éloigner le conjoint concubin ou partenaire violent du domicile conjugal), par le renforcement de la lutte contre l'excision des mineures (article 14 de la loi n° 2006-399 précitée, insérant l'article 222-16-2 permettant de poursuivre les auteurs de mutilations génitales féminines, même lorsque celles-ci sont commises « à l'étranger sur une victime mineure résidant habituellement sur le territoire français ») et contre les mariages forcés (article 3 de la loi n° 2006-399 précitée : désormais, l'article 180 du Code civil prévoit que la nullité du mariage pour défaut de consentement peut être demandée par le Ministère public et non plus seulement par les époux, le délai d'action en nullité étant porté de 6 mois à 5 ans (article 181 du Code civil modifié par l'article 6 de la loi)).

²⁰⁷² Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

²⁰⁷³ ALIX Julie, « Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales », *AJ Pénal*, 2014, p. 208.

²⁰⁷⁴ La loi supprime ainsi de l'article 222-22 du Code pénal la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel qui avait été laissée intacte par la loi de 2006, permettant de mieux sanctionner les viols entre époux (article 36 de la loi n° 2010-769 précitée). Le législateur a en outre créé l'ordonnance de protection, mesure de sûreté qui permet au juge aux affaires familiales, en cas d'urgence, lorsqu'il existe des faits de violences vraisemblables, de prononcer pour une durée de quatre mois, notamment l'éloignement du conjoint présumé violent du domicile conjugal, de lui interdire d'entrer en relation avec certaines personnes dont la présumée victime, de lui interdire de porter une arme ou encore d'attribuer un logement au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences (article 1^{er} de la loi n° 2010-769 précitée, créant les articles 515-9 et suivants du Code civil). La loi renforce également les mesures de protection des victimes en prévoyant le placement sous surveillance électronique des personnes mises en examen ou condamnées à un suivi sociojudiciaire pour des faits de violence conjugale (article 6 de la loi n° 2010-769 précitée, créant l'article 142-12-1 du Code de procédure pénale). Le législateur assume par ailleurs le fait que la violence au sein du couple peut s'exercer par voie physique, mais aussi psychologique et met en place un délit de harcèlement au sein du couple (article 31 de la loi n° 2010-769 insérant les articles 222-14-3 et 222-33-2-1 du Code pénal).

²⁰⁷⁵ Elle renforce en ce sens l'effectivité du dispositif de l'ordonnance de protection, en garantissant la délivrance de l'ordonnance de protection par le juge « dans les meilleurs délais possibles » (et non en fixant un délai de délivrance précis), en posant le principe du maintien de la victime dans le logement du couple, et en portant de quatre à six mois la durée pour laquelle les mesures de protection sont prises (article 32 de la loi n° 2014-873 précitée). Elle supprime également le recours à la médiation pénale dans les cas de violences conjugales, sauf si la victime en fait la demande (article 33 de la loi n° 2014-873 précitée, modifiant l'article 41-1 5° du Code de procédure pénale). La médiation pénale est en effet apparue inappropriée à cette forme de violence, car elle laisse cours au phénomène d'emprise de l'auteur sur sa victime, empêchant un dialogue d'égal à égal entre ces derniers (ROMAN Diane, « Les aspects médico-sociaux de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *RDSS*, 2014, p. 863).

²⁰⁷⁶ Pour lutter contre les mariages forcés, la loi prévoit, d'abord, que l'ordonnance de protection soit dans ces cas délivrée d'urgence (article 32 de la loi n° 2014-873 précitée, modifiant l'article 515-13 du Code civil), ensuite, le rapatriement des femmes étrangères ayant résidé en France mais ayant été contraintes de se marier à l'étranger et retenue pendant trois ans (article 54 de la loi n° 2014-873 précitée, modifiant l'article 34 de la loi n° 2010-769 précitée) et enfin, l'inscription du consentement matrimonial comme condition de validité du mariage quelle que soit la loi personnelle des futurs époux (article 55 de la loi n° 2014-873 précitée, modifiant l'article 202-1 du Code civil).

l'un des quatre piliers de la réalisation de l'égalité réelle²⁰⁷⁷. Il en a été de même en 2016 s'agissant du traitement juridique de la prostitution, considéré par le législateur sous l'angle de l'égalité des sexes. En effet, si l'énoncé de la loi du 13 avril 2016 est neutre à l'égard du sexe – par l'usage de l'expression « personnes prostituées » – les parlementaires à l'origine de la loi ont toutefois explicitement appréhendé la prostitution comme un « phénomène sexué »²⁰⁷⁸ touchant majoritairement les femmes²⁰⁷⁹. Les débats parlementaires reflètent toutefois la controverse théorique relative à la question du traitement juridique de la prostitution : d'un côté, les tenants de l'approche libérale, fondée sur le consentement²⁰⁸⁰, prônent à la fois la liberté de la personne prostituée de proposer ses services sexuels et la liberté du client de les acheter²⁰⁸¹ ; de l'autre, ceux de l'approche axée sur la lutte contre les inégalités souhaitent davantage l'abolition de la prostitution, en insistant sur ses conséquences dommageables pour les femmes²⁰⁸², ainsi que sur le lien entre prostitution, traite des êtres humains et violences²⁰⁸³. À l'instar de l'Union européenne²⁰⁸⁴, la majorité des parlementaires a en effet choisi de privilégier une approche faisant de la lutte contre le système prostitutionnel un objectif nécessaire à la réalisation de l'égalité

²⁰⁷⁷ Titre III de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : Dispositions relatives à la protection des personnes victimes de violences et à la lutte contre les atteintes à la dignité et à l'image à raison du sexe dans le domaine de la communication.

²⁰⁷⁸ Exposé des motifs de la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 10 octobre 2013 : « Les personnes prostituées seraient, en France, au nombre de 20 000 environ, dont 85 % de femmes. À l'inverse, 99 % des clients sont des hommes. La prostitution est donc un phénomène sexué ».

²⁰⁷⁹ FERCOT Céline, « Prostitution et racolage au prisme de l'égalité de genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français, op. cit.*, p. 283 : « De manière assez prévisible, ces proportions se reflètent aisément dans la jurisprudence : ainsi, sur un panel de 27 décisions significatives relatives au délit de racolage public et rendues par des cours d'appel entre 2003 et 2012, le prévenu est une femme dans 24 cas, et un homme dans 3 cas seulement – et un travesti dans 2 de ces 3 cas ».

²⁰⁸⁰ La CEDH retient une approche plutôt libérale de la prostitution, en considérant celle-ci « incompatible avec la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte » (CEDH, 11 septembre 2007, *Tremblay c/ France*, n° 37194/02), tout comme la CJCE, qui la considère comme « une prestation de services rémunérée qui relève de la notion d'activités économiques » (CJCE, 20 novembre 2001, *Jany et autres*, C-268/99).

²⁰⁸¹ FERCOT Céline, « Prostitution et racolage au prisme de l'égalité de genre », *op. cit.*, p. 291 : « C'est souvent autour de l'idée de liberté que s'articulent les dispositions relatives à la prostitution : liberté de la personne prostituée elle-même – liberté de disposer de son corps, y compris selon l'approche européenne – liberté du client qu'il importe de préserver ».

²⁰⁸² Exposé des motifs précité : « Ce phénomène contrevient au principe d'égalité entre les sexes. En effet, même s'il existe une prostitution masculine, les clients sont en quasi-totalité des hommes ».

²⁰⁸³ Exposé des motifs précité : « Toutes les études s'accordent sur le fait que les personnes prostituées sont victimes de violences particulièrement graves qui portent atteinte à leur intégrité physique et psychique ».

²⁰⁸⁴ Le droit de l'Union européenne a reconnu le caractère asymétrique d'un type de violence particulier, la traite des êtres humains, en insistant sur le fait qu'hommes et femmes n'y étaient pas exposés de la même façon – les femmes étant davantage touchées par la prostitution et l'esclavage sexuel. Aux termes de la directive de 2011, la lutte contre la traite contient donc une « dimension liée à l'égalité des sexes », ce qui implique d'adapter les « mesures d'assistance et d'aide » au sexe des victimes (directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011, point 3). Voir aussi la résolution du Parlement européen du 26 février 2014 sur l'exploitation sexuelle et la prostitution et leurs conséquences sur l'égalité entre les hommes et les femmes : « Considérant que toute politique relative à la prostitution a des répercussions sur la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes, qu'elle a un impact sur la compréhension des questions liées au genre et qu'elle envoie des messages et fournit des normes à une société, notamment à sa jeunesse ». Cette approche dépasse ainsi celle retenue par la jurisprudence de la Cour de justice, qui appréhende la question de la prostitution seulement sous l'angle de l'activité économique et de la libre circulation des travailleurs et non sous l'angle de la traite des êtres humains (CJCE, 18 mai 1982, *Rezzoua Adoui contre État belge et ville de Liège et Dominique Cornuaille c/ État belge*, C-115 et 116/81 ; CJCE, 20 novembre 2001, *Aldona Malgorzata Jany e. a. c/ Staatssecretaris van Justitie*, C-268/99).

réelle²⁰⁸⁵, sans toutefois adopter une approche purement « prohibitionniste »²⁰⁸⁶. Sous l'influence du droit de l'Union européenne²⁰⁸⁷, le législateur a choisi de ne plus pénaliser les personnes prostituées par l'interdiction du « racolage public »²⁰⁸⁸, mais de pénaliser les clients en interdisant « l'achat d'un acte sexuel » sous peine de contravention²⁰⁸⁹, là encore à travers une approche en termes d'égalité des sexes visant à protéger les personnes prostituées et donc majoritairement les femmes²⁰⁹⁰. La pénalisation des clients a néanmoins été vivement critiquée, car elle échouerait à protéger les personnes prostituées, en rendant leur activité clandestine et en favorisant leur précarité²⁰⁹¹. Il n'en demeure pas moins que le législateur a fait de la protection des personnes prostituées un objectif lié à la réalisation de l'égalité des sexes²⁰⁹².

638. Les parlementaires ont cependant été plus réticents à appréhender d'autres formes de violences, et en particulier les violences sexuelles, comme des atteintes à l'égalité des sexes ; leur traitement juridique n'a donc pas fait l'objet de réforme allant nettement dans le sens d'une plus grande protection des victimes. Pourtant, l'étude d'impact du projet de loi pour l'égalité réelle soulignait le lien entre les violences et les inégalités de genre, en considérant les violences faites aux femmes comme « un phénomène protéiforme et de grande ampleur, trouvant pour partie ses

²⁰⁸⁵ Selon l'approche égalitaire, autoriser la prostitution sur le fondement de la liberté sexuelle et de l'autonomie individuelle occulte le fait que – en dehors même des cas de traite des êtres humains – le consentement des personnes prostituées est biaisé, notamment en raison des contraintes socio-économiques pesant sur elles (exposé des motifs précité : « Se basant sur le respect de la dignité de la personne, la présente proposition de loi entend participer à la politique de lutte contre les violences faites aux femmes et d'égalité entre les femmes et les hommes » ; voir l'intervention de Maud Olivier lors de la première séance du 29 novembre 2013 à l'Assemblée nationale, p. 12409 ; voir également les interventions de Najat Vallaud-Belkacem lors de la première séance du 29 novembre 2013 à l'Assemblée nationale, p. 12415 ; de Pascale Boistard lors de la séance du 30 mars 2015 au Sénat, p. 2915).

²⁰⁸⁶ LAURENT-BONNE Nicolas, « La lutte contre le système prostitutionnel. Analyse critique et comparative de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1713. L'auteur distingue « trois modes d'encadrement de ce phénomène : le *réglementarisme* (qui conçoit la prostitution comme un mal nécessaire qu'il convient de contrôler à défaut de pouvoir l'éradiquer), le *prohibitionnisme* (qui interdit la prostitution dans tous ses aspects) et l'*abolitionnisme* (qui vise à faire disparaître la prostitution, sans toutefois pénaliser les victimes de cette activité) ».

²⁰⁸⁷ Article 8 de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes.

²⁰⁸⁸ L'article 50 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure avait inséré un article 225-10-1 du Code pénal punissant de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende « le fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération ».

²⁰⁸⁹ Article 20 de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées : article 611-1 du Code pénal : « Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe ».

²⁰⁹⁰ Le délit de racolage public est en effet apparu inadéquat dès lors qu'il conduisait à sanctionner plutôt qu'à protéger les personnes prostituées, considérées par le législateur de 2016 comme des « victimes » de la prostitution (voir l'intervention de Najat Vallaud-Belkacem lors de la première séance du 29 novembre 2013 à l'Assemblée nationale, p. 12414).

²⁰⁹¹ FERCOT Céline, « Prostitution et racolage au prisme de l'égalité de genre », *op. cit.*, p. 295.

²⁰⁹² Notamment par le renforcement de la lutte contre le proxénétisme (articles 1 à 4 de la loi n° 2016-444), la mise en place de dispositifs d'accompagnement social, d'accès à la santé, au logement, et à la réinsertion de personnes souhaitant sortir de la prostitution (articles 5 à 10 de la loi n° 2016-444), ainsi que de campagnes de sensibilisation « sur les réalités de la prostitution et les dangers de la marchandisation du corps » dans les établissements secondaires (articles 18 et 19 de la loi n° 2016-444).

sources dans les représentations sexistes et patriarcales de la société»²⁰⁹³. Mais le législateur n'a, semble-t-il, pas pris pleinement la mesure de l'« ampleur » des violences de genre, en s'abstenant de repenser le traitement juridique des violences sexuelles par la prise en compte du point de vue des victimes²⁰⁹⁴, majoritairement des femmes²⁰⁹⁵. La définition même du viol est ainsi demeurée intacte et presque inchangée depuis la réforme du Code pénal de 1980 (article 222-23) : « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise »²⁰⁹⁶. L'élément matériel de l'infraction est constitué par l'acte de pénétration, ce qui exclut qu'un attouchement sur le sexe d'une femme ou qu'une fellation imposée sur le sexe d'un homme puissent constituer des viols, alors même que dans la perspective des victimes, de tels agissements « sont intrusifs et attentent à l'intégrité »²⁰⁹⁷. Certains parlementaires avaient d'ailleurs jugé cette disposition trop restrictive et avaient demandé que l'élément matériel constitutif du viol soit tout « acte sexuel »²⁰⁹⁸. Mais le législateur a choisi de « disqualifier »²⁰⁹⁹ les actes sexuels sans pénétration, classant ces derniers comme des délits d'agressions sexuelles. En outre, la qualification du viol ne dépend pas de la seule absence de consentement de la victime – comme c'est le cas dans la Convention d'Istanbul – mais suppose que l'agression ait en outre été commise par « violence, menace, contrainte ou surprise ». Elle rend par conséquent plus difficile la preuve de l'agression pour les victimes qui n'ont pas opposé de résistance physique²¹⁰⁰, ce qui peut notamment expliquer le faible nombre de condamnations²¹⁰¹. Des auteurs ont ainsi affirmé que cette définition reposait sur le stéréotype

²⁰⁹³ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, 1^{er} juillet 2013.

²⁰⁹⁴ Il a tout au plus prévu un stage de responsabilisation pour les auteurs de viols, en vue de prévenir la récidive. Celui-ci a toutefois été conçu comme une alternative aux poursuites, en somme comme une mesure de composition pénale ou nouvelle peine, ce qui peut sembler un recul en matière de répression des violences (article 50 de la loi n° 2014-873 précitée modifiant l'article 41-1 du Code de procédure pénale). Il a également étendu aux victimes de viol le mécanisme de téléphone d'alerte pour les femmes en très grand danger, prévu initialement pour la prévention des violences conjugales (article 36 de la loi n° 2014-873 précitée insérant l'article 41-3-1 du Code de procédure pénale).

²⁰⁹⁵ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, « Repères statistiques », URL : <http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/violences-de-genre/reperes-statistiques-79/> : « En 2011, sur les 4983 plaintes pour viols, 3742 viols ont été commis à l'encontre de femmes et 432 contre des hommes » (source : Bilan annuel « Criminalité et délinquance enregistrées en 2012 - Les faits constatés par les services de police et les unités de gendarmerie » ONDRP 2012).

²⁰⁹⁶ Cet article a été créé par la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, remplaçant l'ancien article 332 du Code pénal, issu de la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, qui ne prévoyait pas que le viol puisse être constitué par la « menace » et donnait, par conséquent, une définition plus restrictive du viol.

²⁰⁹⁷ LE MAGUERESSE Catherine, « La (dis-)qualification pénale des “violences sexuelles” commises par des hommes à l'encontre des femmes », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, *op. cit.*, p. 283 : « Les frontières du corps des femmes n'ont pas été définies par elles ».

²⁰⁹⁸ Voir l'intervention de Rolande Perlican lors de la séance du 22 mai 1980 au Sénat, p. 2090.

²⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 2090.

²¹⁰⁰ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, « Du sexe au genre : Le corps des femmes en droit international », *op. cit.*, p. 277 : une telle définition tend à faire peser « sur les femmes violées la preuve de la réalité de l'agression : s'étaient-elles suffisamment débattues ? N'avaient-elles pas une part de responsabilité, due à une tenue vestimentaire, un comportement d'invitation, une attitude générale qui pourraient atténuer la responsabilité de l'agresseur ? »

²¹⁰¹ LE MAGUERESSE Catherine, « La (dis-)qualification pénale des “violences sexuelles” commises par des hommes à l'encontre des femmes », *op. cit.*, p. 224 : « En 2011, 861 condamnations pour viols ont été prononcées. Si l'on considère qu'un

selon lequel les femmes sont présumées consentir à l'acte sexuel, renvoyant à la « disponibilité sexuelle des femmes et au droit connexe des hommes au corps des femmes »²¹⁰². Les dispositifs relatifs aux violences sexuelles n'ont donc pas évolué dans le sens d'une meilleure protection des victimes et négligent la logique d'égalité réelle.

639. Troisièmement, le législateur, en 2017, a toutefois prévu dans une perspective d'égalité de sanctionner plus fortement les violences – mais aussi de nombreuses autres d'infractions – lorsque celles-ci reposent sur une motivation sexiste²¹⁰³, ce qui était déjà prévu pour le racisme et l'homophobie. La dimension asymétrique des violences sexistes, hors du seul cadre conjugal, est non seulement ici reconnue par le législateur²¹⁰⁴, mais elle est de plus directement sanctionnée par le droit car qualifiée de circonstance aggravante. La prohibition des agissements sexistes sous toutes leurs formes²¹⁰⁵, marque donc la propension du législateur à sanctionner ces agissements parce qu'ils touchent majoritairement les femmes, leur remise en cause étant considérée comme nécessaire pour concrétiser l'égalité des sexes.

640. L'évolution est donc indéniable : la réalisation de l'égalité des sexes ne suppose plus seulement, comme dans l'approche formelle, une indifférenciation des normes et des pratiques à l'égard du sexe, mais davantage la prise en considération de la différence des sexes dans sa forme hiérarchique. La dimension asymétrique des inégalités, en se concentrant sur les désavantages subis par les femmes, a néanmoins donné lieu à certaines critiques, conduisant le législateur à limiter sa reconnaissance juridique.

délai supérieur à 5 ans s'écoule entre le signalement de l'infraction et le jugement d'un crime de viol et qu'en 2006, 4443 plaintes pour viol ont été déposées, cela donne un taux de condamnation d'environ 19,3 %. Rapporté au nombre de viols déclarés sur une année, cela signifie que seuls 0,4 % des auteurs de viols sont condamnés ».

²¹⁰² LE MAGUERESSE Catherine, « La (dis-)qualification pénale des “violences sexuelles” commises par des hommes à l'encontre des femmes », *op. cit.*, p. 229.

²¹⁰³ Article 171 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, modifiant l'article 132-77 du Code pénal. Cet article prévoit que le caractère sexiste des infractions constitue une circonstance aggravante conduisant au relèvement de la peine, soit « lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons ». L'article 222-13 du Code pénal relatif les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail est également modifié afin d'inclure la circonstance aggravante du motif sexiste. Les infractions non concernées par la réforme sont logiquement la discrimination et le harcèlement sexuel, par définition déjà motivés par un mobile sexiste, ainsi que les violences conjugales, qui peuvent déjà faire l'objet de circonstances aggravantes.

²¹⁰⁴ Voir l'intervention d'Élisabeth Pochon *in* HAMMADI Razy, BIES Philippe, CHAPDELAINE Marie-Anne, CORRE Valérie, Rapport sur le projet de loi « égalité et citoyenneté », enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 juin 2016, p. 686, pour défendre l'amendement CS744 visant à faire du sexisme une circonstance aggravante de tous les crimes et délits.

²¹⁰⁵ L'article 165 de la loi n° 2017-86 modifiant l'article 6 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prévoit en ce sens qu'« aucun fonctionnaire ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Une disposition similaire avait été déjà introduite dans le Code du travail par l'article 20 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, créant l'article L. 1142-2-1 du Code du travail.

641. **Les critiques suscitées par l’appréhension par le droit de la dimension asymétrique des violences.** Deux principaux risques liés à la prise en compte par le droit du caractère asymétrique de certains types de violences ont pu être soulevés. En premier lieu, la tendance du droit à se concentrer sur les violences spécifiques aux femmes – en particulier les violences conjugales et sexuelles – tendrait à occulter le fait que les hommes sont eux aussi victimes de ces types de violences²¹⁰⁶. C’est particulièrement le cas lorsque les énoncés juridiques visent de façon explicite uniquement la protection des femmes²¹⁰⁷. En second lieu, la focale par le droit sur la dimension sexo-spécifique des violences risque de renforcer les rôles sociaux stéréotypés. L’insistance sur la vulnérabilité des femmes en tant que groupe²¹⁰⁸ ne conduit-elle pas en même temps à perpétuer le préjugé de la faiblesse des femmes qui a longtemps servi à justifier les inégalités entre les sexes²¹⁰⁹ et à nier leur autonomie en tant qu’individu²¹¹⁰ ? Ce « dilemme » de la prise en compte de la différence des sexes par le droit²¹¹¹ et en particulier par le droit de la non-discrimination, a été souligné par nombre d’auteurs²¹¹². Le législateur français s’est toutefois employé à résoudre ce dilemme : le maintien de la neutralité des énoncés juridiques relatifs à la lutte contre les violences au regard du sexe des victimes conduit, d’une part, à éviter de stigmatiser les femmes en tant que nécessaires victimes, et d’autre part, à prendre en compte les

²¹⁰⁶ HALLEY Janet, KOTISWARAN Prabha, HILA Shamir, THOMAS Chantal, « From the international to the local in feminist legal responses to rape, prostitution/sex work and sex trafficking : four studies in contemporary governance feminism », *Harvard Journal of Law and Gender*, Vol. 29, 2006, p. 335. Janet Halley a ainsi questionné l’émergence du féminisme institutionnel (*Governance feminism*), qui aboutit à occulter le fait que les femmes peuvent elles-mêmes être « instigatrices ou auteures de conflits » et « pire, elle implique une totale indifférence à la souffrance et à la mort des hommes » (HALLEY Janet, « Rape at Rome : feminist interventions in the criminalization of sex-related violence in positive international criminal law », *op. cit.*, p. 123).

²¹⁰⁷ En droit interne, la jurisprudence pénale antérieure à la loi de 1980 définissait le viol comme « nécessairement commis par un homme à l’encontre d’une femme ». Et si depuis la loi de 1980 l’énoncé du Code pénal relatif au crime de viol ne fait plus référence au sexe nécessairement féminin de la victime, l’exigence du critère de la « pénétration » – sous-entendu de « la pénétration par le sexe mâle » – renvoie plutôt à des auteurs de viol masculin, et rend plus difficile l’appréhension d’un viol commis par une femme sur un homme (LE MAGUERESSE Catherine, « La (dis-)qualification pénale des “violences sexuelles” commises par des hommes à l’encontre des femmes », *op. cit.*, p. 225).

²¹⁰⁸ Le constat par le droit de la vulnérabilité des femmes en tant que groupe est en effet un préalable à la reconnaissance du caractère structurellement inégalitaire et donc discriminatoire des violences (voir CEDH, 9 juin 2009, *Opuz contre Turquie*, n° 33401/02, point 99).

²¹⁰⁹ Sur l’ambivalence de la prise en compte par le droit de la vulnérabilité des femmes, voir GATÉ Juliette, ROMAN Diane, « Droits des femmes et vulnérabilité, une relation ambivalente », in PAILLET Elisabeth, Richard Pascal, *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 219.

²¹¹⁰ Karen Engle montre en ce sens que la criminalisation des violences faites aux femmes en droit international humanitaire a renforcé la « minimisation de l’autonomie sexuelle, politique et militaire des femmes » en période de conflit armé, en ne considérant ces dernières que comme des victimes vulnérables (ENGLE Karen, « Feminism and its (dis)contents : criminalizing wartime rape in Bosnia and Herzegovina », *American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005, p. 807 : « I find [...] troubling aspects of some of the feminist positions that the ICTY has reinforced : the minimization of women’s sexual, political, and military agency »).

²¹¹¹ MINOW Martha, *Making All the Difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Cornell University Press, Ithaca, 1990.

²¹¹² Voir notamment LOCHAK Danièle, « Égalité et différence. Réflexions sur l’universalité de la règle de droit », in BORRILLO Daniel, *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, PUF, 1999, p. 63. La lutte contre les inégalités « risque finalement de renforcer la stigmatisation de ceux dont on veut défendre les droits en confortant dans l’opinion l’idée que ces catégories sont constituées décidément d’individus à part » (ATTAL-GALY Yaël, *Droits de l’homme et catégories d’individus*, Paris, LGDJ, 2003, p. 343).

violences qui pourraient également toucher les hommes²¹¹³. La reconnaissance de la dimension asymétrique des inégalités a servi à rendre visible aux yeux du droit les désavantages touchant de manière spécifique les femmes, mais elle n'a pas abouti à inscrire au sein des énoncés juridiques le caractère sexo-spécifique de ces inégalités²¹¹⁴. Le rejet de l'inscription du terme « féminicide »²¹¹⁵ dans la loi « égalité et citoyenneté » de 2017 – pourtant prônée par certains parlementaires²¹¹⁶ – est particulièrement significatif de cette tendance forte du législateur de maintenir les énoncés juridiques neutres quant au sexe, dans une logique universaliste²¹¹⁷.

642. Une autre critique a pu être adressée à la reconnaissance de la dimension sexo-spécifique des inégalités : en essentialisant les femmes en tant que groupe homogène, le droit de la non-discrimination aurait eu tendance à occulter les différences au sein même de ce groupe – la « différence parmi la différence » pour reprendre l'expression de Martha Minow²¹¹⁸ – et à nier les désavantages que subissent certaines catégories de femmes. La difficulté et la résistance du droit à les appréhender justifient que l'on approfondisse cette limite de la dimension asymétrique.

II. La délicate reconnaissance de discriminations spécifiques à certains types de femmes

643. Si le droit a admis la dimension sexo-spécifique de certaines inégalités touchant majoritairement les femmes, il a été moins enclin à reconnaître que des discriminations pouvaient être spécifiques à certaines catégories de femmes. Ce serait même précisément la reconnaissance de la spécificité des discriminations faites aux femmes qui aurait contribué à invisibiliser les inégalités entre les femmes elles-mêmes. Aux États-Unis, la littérature théorique critique du *Black feminism*²¹¹⁹ a sur ce point mis en évidence, à partir des années 1980²¹²⁰, que le mouvement

²¹¹³ Le mécanisme prévu par la loi de 2017, mettant en place des circonstances aggravantes pour des infractions commises « à raison du sexe » permet ainsi de sanctionner plus gravement les violences faites aux femmes, sans que cette prise en compte de l'asymétrie ne soit visible dans l'énoncé juridique, celui-ci demeurant sous-tendu par la logique de l'indifférenciation.

²¹¹⁴ GATÉ Juliette, ROMAN Diane, « Droits des femmes et vulnérabilité, une relation ambivalente, *op. cit.*, p. 239-240.

²¹¹⁵ CNCDH, Avis du 30 mai 2016 sur les violences faites aux femmes et le féminicide, p. 16 : « Le terme "féminicide" gagne peu à peu du terrain en France, le mot a d'ailleurs été ajouté le 16 septembre 2014 au vocabulaire du droit et des sciences humaines par la Commission générale de terminologie et de néologie, il est défini comme "l'homicide d'une femme, d'une jeune fille ou d'un enfant en raison de son sexe" ».

²¹¹⁶ Voir l'intervention de Maud Olivier in HAMMADI Razzi, BIES Philippe, CHAPDELAIN Marie-Anne, CORRE Valérie, Rapport précité, p. 671.

²¹¹⁷ CNCDH, Avis du 30 mai 2016 sur les violences faites aux femmes et le féminicide, p. 21. Sur l'opportunité de retenir le terme de « féminicide », voir également LERAY Elisa, MONSALVE Elda, « Un crime de féminicide en France ? À propos de l'article 171 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 10 février 2017 ; ROMAN Diane, « Féminicides, meurtres sexistes et violences de genre, pas qu'une question de terminologie ! », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 11 avril 2014.

²¹¹⁸ MINOW Martha, « Differences among difference », *UCLA Women Law Journal*, Vol. 1, 1991, p. 165.

²¹¹⁹ Voir notamment KING Deborah, « Multiple jeopardy, multiple consciousness : the context of Black feminist ideology », *Signs*, 1988, 14/1, p. 42-72 ; CRENSHAW Kimberlé, « Demarginalizing the intersection of race and sex : a Black Feminist Critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics », *The University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139-167 ; SCALES-TRENT Judy, « Black women and the Constitution : finding our place, asserting our rights », *Harvard Civil Rights-Civil*

féministe majoritaire et le droit de la non-discrimination tendaient, en érigeant les femmes en tant que groupe homogène victime de discriminations, à essentialiser celui-ci, c'est-à-dire, à le réduire à une identité féminine unique et, plus spécifiquement, blanche, bourgeoise et hétérosexuelle²¹²¹. Un tel processus a été contesté en ce qu'il conduisait à occulter en droit l'expérience subjective des discriminations vécues notamment par les femmes de couleur, pauvres ou homosexuelles. En se référant au concept d'« intersectionnalité », ces auteures « conceptualisent et dénoncent la façon dont les identités formées au croisement de différents rapports sociaux [et de différents motifs de discriminations] se trouvent exclues par les mouvements prétendant les prendre en charge »²¹²². Kimberlé Crenshaw a montré que le droit antidiscriminatoire, en retenant une approche unidimensionnelle des discriminations (« *single categorical axis* »), ne permettait pas de saisir les désavantages spécifiques vécus par les femmes noires, se trouvant à l'intersection entre les catégories de « sexe » et de « race »²¹²³. Cette perspective anti-essentialiste²¹²⁴ invite à déconstruire la catégorie « femme » et la notion d'« identité féminine » – celle-ci étant considérée, à l'instar du genre, comme un construit social – afin de prendre en considération les femmes les plus désavantagées par les rapports de domination.

644. Une telle approche ne relève pas seulement de la théorie critique déconstructiviste et n'est pas étrangère au droit ; elle a en effet trouvé écho dans certains ordres juridiques et notamment dans la jurisprudence canadienne²¹²⁵. Cette approche est destinée à saisir les stéréotypes qui

Liberties Law Review, Vol. 24, 1989, p. 9-44 ; HARRIS Angela, « Race and essentialism in feminist legal theory », *Stanford Law Review*, Vol. 42, 1990, p. 581-616.

²¹²⁰ Sur la révolution du *Black feminism*, voir DORLIN Elsa, « De l'usage épistémologique et politique des catégories de "sexe" et de "race" dans les études sur le genre », *Cahiers du genre*, n° 39, 2005/2, p. 83-105.

²¹²¹ FRASER Nancy, PLOUX Marie, « Multiculturalisme, anti-essentialisme et démocratie radicale. Genèse de l'impasse actuelle de la théorie féministe », *Cahiers du genre*, n° 39, 2005/2, p. 36.

²¹²² JAUNAIT Alexandre, CHAUVIN Sébastien, « Représenter l'intersection. Les théories de l'intersectionnalité à l'épreuve des sciences sociales », *Revue française de science politique*, Vol. 62, 2012/1, p. 8.

²¹²³ CRENSHAW Kimberlé, « Demarginalizing the intersection of race and sex : a Black Feminist Critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics », *op. cit.*, p. 140 : « *With Black women as the starting point, it becomes more apparent how dominant conceptions of discrimination condition us to think about subordination as disadvantage occurring along a single categorical axis. [...] Because the intersectional experience is greater than the sum of racism and sexism, any analysis that not take intersectionality into account cannot sufficiently address the particular manner in which Black women are subordinated* ».

²¹²⁴ ABRAMS Kathryn, « Title VII and the complex female subject », *Michigan Law Review*, Vol. 92, 1994, p. 2486 : « *The antiessentialist critique, finally, exposed the exclusionary power dynamic that underlaid one kind of feminist unity ; the unity that characterized accounts of women as a group had been achieved through the erasure or marginalization of the lives of less privileged women* » ; HIGGINS Tracy, « Anti-essentialism, relativism and human rights », *Harvard Women's Law Journal*, Vol. 19, 1996, p. 91.

²¹²⁵ Par exemple, dans l'affaire *Baylis-Flannery*, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a par exemple jugé que le harcèlement sexuel d'un employeur sur son employée relevait d'une discrimination intersectionnelle fondée sur le sexe et la race, car le comportement de l'employeur était fondé sur des stéréotypes spécifiques aux femmes noires présumant une disponibilité sexuelle (*Baylis-Flannery v. Walter DeWilde c.o.b. as Tri Community Physiotherapy*, 2003). De même, dans l'affaire *Radeck*, le Tribunal pour les droits de l'homme de la Colombie britannique conclut à la discrimination d'une femme autochtone handicapée et sans ressource exclue d'un centre commercial par des agents de sécurité ; les juges s'appuient sur les stéréotypes particuliers véhiculés de façon habituelle, par ce centre commercial précis, à l'encontre des autochtones handicapés et contre les personnes économiquement désavantagées (*Radeck v. Henderson Development (Canada) Ltd.* (No. 3), 2005, 52 C.H.R.R. D/430, 2005 BCHRT 302). Voir MÉDARD-INGHILTERRA Robin, « Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne », in GRÜNDLER Tatiana, THOUVENIN Jean-Marc, *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Mission de recherche Droit et justice, 2016, Annexes, p. 11.

touchent les individus les plus désavantagés, car étant au carrefour de plusieurs groupes défavorisés. Elle se détache d'un raisonnement unidimensionnel, par l'examen d'un seul critère de discrimination, pour mettre en évidence la dimension intersectionnelle de certaines discriminations. La question se pose alors de savoir si le droit français se montre ou non enclin à reconnaître les discriminations intersectionnelles touchant certaines catégories de femmes, dans une perspective d'égalité réelle²¹²⁶. Sur ce point, si le législateur tend à protéger, au nom du principe d'égalité, des catégories de femmes se trouvant dans des situations particulièrement vulnérables (A), l'approche des discriminations intersectionnelles se heurte néanmoins au raisonnement classique des juges et à leur résistance à faire évoluer le contentieux français de la non-discrimination (B).

A. L'émergence d'une prise de conscience du phénomène d'intersectionnalité au niveau institutionnel

645. Dans certaines configurations, des acteurs juridiques admettent que des catégories de femmes sont plus vulnérables que d'autres face aux inégalités. Une telle prise de conscience se manifeste, d'une part, à travers la reconnaissance dans les textes de droit international et européen de la nécessité de remédier aux discriminations multiples et, d'autre part, au niveau interne, par la propension des politiques publiques à protéger certaines catégories de femmes à l'intersection d'autres formes d'exclusion sociale.

646. **La reconnaissance des discriminations multiples au niveau international et européen.** Si le droit international s'est montré disposé à prendre en compte la vulnérabilité particulière de certaines catégories de femmes, c'est sans doute car les différences entre les femmes vis-à-vis des inégalités sont particulièrement significatives au niveau mondial, ces dernières prenant en effet des formes variables selon les cultures. En dépit du silence de la CEDEF s'agissant de la dimension intersectionnelle des discriminations – hormis une prise en considération de la situation particulière des femmes en milieu rural²¹²⁷ – le Comité CEDEF a admis, dans plusieurs recommandations générales, la vulnérabilité de certaines catégories de femmes par rapport aux inégalités²¹²⁸.

²¹²⁶ HANNETT Sarah, « Equality at the intersections : the legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, n° 1, 2003, p. 81 : « Hence a real commitment to addressing intersectional discrimination requires a shift towards a substantive equality paradigm [and] implicitly moves away from traditional notions of formal equality that demand symmetry ».

²¹²⁷ Article 14 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

²¹²⁸ En matière de santé, il prend ainsi en compte que les facteurs sociétaux jouent un rôle sur la santé des femmes et ont des effets variables d'une « femme à l'autre » ; les femmes appartenant aux « groupes vulnérables et défavorisés » méritent dès lors, selon le Comité, une attention particulière quant à leurs besoins et à leurs droits en matière de santé, « telles que les migrantes, les réfugiées et les déplacées, les fillettes et les femmes âgées, les prostituées, les femmes autochtones et les femmes handicapées ».

647. Les institutions de l'Union européenne ont été encore plus loin en consacrant au sein des textes juridiques la notion de « discrimination multiple »²¹²⁹. Des textes de *soft Law* admettent également que « la double et souvent multiple discrimination que subissent de nombreuses femmes » justifie le renforcement de l'action communautaire et l'adoption de nouvelles méthodes et approches²¹³⁰. La proposition de directive de 2008 relative à l'interdiction des discriminations liées à la religion, au handicap, à l'âge et à l'orientation sexuelle – qui n'a toutefois pas abouti – a également fait part de l'intention « de lutter contre la discrimination multiple, par exemple en la définissant en tant que discrimination et en garantissant des voies de recours efficaces »²¹³¹ ou encore en considérant « comme une circonstance aggravante la discrimination fondée sur plusieurs motifs »²¹³². Un rapport commandé et financé par la Commission européenne²¹³³ définit en outre la notion de « discrimination multiple » en se fondant sur la littérature théorique existante sur le sujet²¹³⁴. Il reprend une typologie dressée par nombre d'auteurs et qui distingue, généralement, trois manifestations du phénomène de discrimination multiple – certaines étant, nous le verrons, plus difficilement appréhendables sur le terrain contentieux que d'autres.

648. Le premier type de discrimination multiple renvoie à une accumulation de discriminations. Il est constitué lorsqu'un individu subit une accumulation de traitements défavorables liés à plusieurs motifs prohibés, de façon différée dans le temps²¹³⁵ : par exemple,

physiques ou mentales » (recommandation générale n° 24, vingtième session, 1999, sur l'article 12 de la CEDEF relatif aux femmes et à la santé, point 6). L'une de ses recommandations générales est même consacrée à la « double discrimination » dont souffrent les femmes handicapées et les femmes âgées « en raison de leur sexe et de leurs conditions de vie particulières » (recommandation générale n° 18 relative aux femmes handicapées, dixième session, 1991).

²¹²⁹ Les directives de 2000 relatives aux discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique et à l'égalité de traitement dans l'emploi font ainsi référence explicitement au « fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples » (directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, point 3 et directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, point 14).

²¹³⁰ Décision du Conseil 2001/51/CE du 20 décembre 2000 établissant un programme d'action communautaire concernant la stratégie communautaire en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (2001-2005), point 3 ; voir également la décision du Conseil 2000/750/CE du 27 novembre 2000 relative au programme d'action communautaire de lutte contre les discriminations (2001-2006), point 4 et 5 : « Le programme vise tant à l'échange des bonnes pratiques déjà en vigueur dans les États membres qu'à la promotion de l'élaboration de nouvelles pratiques et politiques de lutte contre la discrimination, y compris la discrimination multiple » ; décision du Parlement européen et du Conseil 771/2006/CE du 17 mai 2006 relative à l'année européenne de l'égalité des chances pour tous (2007), article 4 : « intégration de la dimension de genre » : « L'année européenne tient compte des différentes façons dont les femmes et les hommes ressentent la discrimination sur la base de l'origine raciale ou ethnique, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle ».

²¹³¹ Proposition de directive du Conseil du 2 juillet 2008 (COM (2008) 426 final) relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle.

²¹³² LANQUETIN Marie-Thérèse, « Égalité, diversité et discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, n° 21, 2009/1, p. 101.

²¹³³ Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, *Lutter contre la discrimination multiple. Pratiques, politiques et lois*, septembre 2007. Voir également le rapport Genderace, réalisé dans le cadre du septième programme cadre de recherche de la Commission européenne, *The use of racial antidiscrimination laws. Gender and citizenship in a multicultural context*, juin 2010, <http://genderace.ulb.ac.be/rapports/GENDERACE%20FINAL%20REPORT%20sent.pdf>.

²¹³⁴ Notamment MOON Gay, « Multiple discrimination. Problems compound or solutions found ? », *Justice Journal*, 2006, p. 86-102 ; MAKKONEN Timo, *Multiple, compound and intersectional discrimination bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2002.

²¹³⁵ MAKKONEN Timo, *Multiple, compound and intersectional discrimination bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, *op. cit.*, p. 10.

lorsqu'une même femme n'est pas embauchée en raison de son sexe et ne peut accéder au bâtiment de l'entreprise en raison de son handicap physique²¹³⁶. Le second type est appelé discrimination « combinée » ou « composée » (« *compound discrimination* »²¹³⁷) et désigne une situation dans laquelle plusieurs traitements défavorables fondés sur différents motifs de discrimination s'ajoutent les uns aux autres en même temps et créent un désavantage aggravé pour l'individu²¹³⁸ : par exemple, certaines femmes étrangères connaissent un salaire inférieur sur le marché du travail, car elles appartiennent à la fois au groupe des femmes, moins bien rémunérées que les hommes, et au groupe des travailleurs étrangers, moins bien rémunérés que les travailleurs français. La discrimination fondée sur le sexe s'ajoute ici à la discrimination fondée sur la nationalité et engendre un double « fardeau » (« *burden* ») pour les femmes étrangères. Enfin, troisièmement, la discrimination « intersectionnelle » est entendue, dans son sens étroit, comme « une situation où plusieurs motifs agissent et interagissent en même temps d'une manière telle qu'ils sont inséparables »²¹³⁹. La discrimination se produit alors lorsque le traitement défavorable est fondé sur des stéréotypes qui touchent spécifiquement un groupe à l'intersection de plusieurs motifs de discriminations, tel que les femmes issues de minorités – femmes noires, femmes roms ou encore femmes musulmanes. De ce point de vue, les restrictions au port du voile pourraient être qualifiées de discriminations intersectionnelles²¹⁴⁰, car elles constituent un désavantage touchant spécifiquement les femmes musulmanes qui souhaitent porter le voile, car ni les hommes musulmans, ni les femmes non musulmanes ne sont concernés par le port du voile musulman. De plus, de telles restrictions reposent sur le stéréotype selon lequel les femmes musulmanes seraient soumises à l'autorité de leur mari leur imposant une tenue vestimentaire, les politiques de limitation du port du voile étant fondées précisément sur le principe d'égalité des sexes qui tendrait à libérer les femmes d'un tel assujettissement²¹⁴¹.

649. Les instruments juridiques européens s'en tiennent toutefois à une simple reconnaissance du phénomène sans aller jusqu'à enjoindre aux États membres de prendre des mesures pour définir et remédier aux discriminations multiples. Ainsi, sans l'impulsion du droit de l'Union

²¹³⁶ LANQUETIN Marie-Thérèse, « Égalité, diversité et discriminations multiples », *op. cit.*, p. 102.

²¹³⁷ SHOBEIN Elaine, « Compound discrimination : the interaction of race and sex in employment discrimination », *New York University Law Review*, p. 793-836.

²¹³⁸ MAKKONEN Timo, *Multiple, compound and intersectional discrimination bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, *op. cit.*, p. 11 : « *Compound discrimination should be taken to refer to such a situation in which several grounds of discrimination add to each other at one particular instance : discrimination on the basis of one ground adds to discrimination based on another ground to create an added burden* ».

²¹³⁹ Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, *Lutter contre la discrimination multiple. Pratiques, politiques et lois*, *op. cit.*, p. 17.

²¹⁴⁰ BUI-XUAN Olivia, « Regard genré sur les dispositions juridiques relatives à la neutralité religieuse », in PICHARD Marc, ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 44.

²¹⁴¹ Voir Cons. constit., 7 octobre 2010, n° 2010-613, loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, cons. 4 : « [Le législateur] a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité ».

européenne, le législateur français n'a pas pris l'initiative d'introduire au sein du droit français le concept de « discrimination multiple » ou d'« intersectionnalité ». Cependant, il n'ignore pas pour autant la vulnérabilité de certaines catégories de femmes.

650. **Une prise en considération de certaines catégories de femmes par les politiques publiques françaises.** Contrairement à d'autres ordres juridiques²¹⁴², le droit français n'a pas intégré la notion de discrimination multiple ou d'intersectionnalité, bien que la notion soit reconnue par les institutions en lien avec la lutte contre les discriminations, comme la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE)²¹⁴³ et aujourd'hui le Défenseur des droits²¹⁴⁴. Malgré tout, le législateur français, sans faire de référence explicite au phénomène d'intersectionnalité, prend en compte la vulnérabilité de certaines catégories de femmes exposées à d'autres critères de discrimination que celui du sexe, et ce, au nom de l'égalité réelle. La loi pour l'égalité réelle de 2014 a ainsi prévu des dispositions spécifiques visant à protéger les mères célibataires²¹⁴⁵ davantage exposées à la précarité sociale,²¹⁴⁶ et à protéger contre les violences les femmes handicapées²¹⁴⁷, les femmes étrangères immigrées²¹⁴⁸. Le législateur reconnaît ainsi les femmes étrangères, au carrefour de plusieurs motifs de discrimination, le sexe et l'origine,

²¹⁴² Au Royaume-Uni, l'article 14 de l'Equality Act de 2010 sanctionne explicitement les discriminations combinées de deux motifs ; le chapitre 4 de la loi allemande sur l'égalité de traitement du 14 août 2006 prévoit les cas où les discriminations sont fondées sur plusieurs motifs ; la loi organique espagnole de 2007 relative à l'égalité effective entre les femmes et les hommes (Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) oblige les pouvoirs publics à prendre systématiquement en compte la question des discriminations multiples lors de la préparation d'enquête et de statistiques ; l'article 4-h) de la loi roumaine 340/2006 relative à l'égalité des sexes définit la discrimination multiple « comme un acte de discrimination fondé sur deux motifs ou plus » (Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, *Lutte contre la discrimination multiple. Pratiques, politiques et lois*, *op. cit.*, p. 21).

²¹⁴³ MARNAS Annick, MAGUER Annie, KACHOUKH Fériel, *La discrimination multicritère à l'encontre des femmes immigrées ou issues de l'immigration sur le marché du travail*, Étude de la HALDE, mars 2011.

²¹⁴⁴ Rapport du Défenseur des droits, *L'emploi des femmes en situation de handicap. Analyse exploratoire sur les discriminations multiples*, novembre 2016, URL : http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_sur_emploi_des_femmes_en_situation_de_handicap_accessiblefinal.pdf.

²¹⁴⁵ En complément du délit d'« abandon de famille » déjà prévu par le Code pénal (article 227-3), l'article 27 de la loi renforce notamment, à titre expérimental, le mécanisme de l'allocation de soutien familiale (ASF). En ce sens, l'article L. 581-2 du Code de la sécurité sociale prévoit que les Caisses d'Allocations Familiales peuvent être subrogées dans les droits du créancier et sont habilitées à recouvrer l'avance directement auprès du débiteur. Cela permet de garantir une avance sur une pension alimentaire impayée lorsque le débiteur se soustrait en partie ou totalement au versement de cette dernière.

²¹⁴⁶ ROMAN Diane, « Les aspects médico-sociaux de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *op. cit.*, p. 863. L'étude d'impact du projet de loi souligne que : « Les familles monoparentales sont particulièrement concernées par le risque de pauvreté. Or, dans plus de 80 % des cas, il s'agit d'une mère vivant seule avec ces enfants. Plus d'un tiers des mères vivant seules avec leurs enfants vivent sous le seuil de pauvreté ».

²¹⁴⁷ Voir l'étude d'impact du projet de loi : « La protection des personnes handicapées contre toutes formes d'exploitation, de violence ou de maltraitance constitue une priorité des pouvoirs publics. En effet, dans la mesure où elles présentent des facteurs de vulnérabilité, elles sont susceptibles d'être particulièrement exposées aux violences et aux maltraitements ». Le législateur a pris acte du fait que cette « vulnérabilité constitue d'ailleurs une circonstance aggravante pour plusieurs incriminations pénales, notamment les violences sexuelles » (étude d'impact du projet de loi). L'article 44 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 renforce toutefois légèrement le dispositif de protection, en prévoyant la mise en place d'actions de sensibilisation et de prévention concernant les violences faites aux femmes handicapées.

²¹⁴⁸ Le législateur tient compte de la particulière indigence des femmes étrangères au moment de la demande de titre de séjour, en prévoyant l'exonération du paiement des taxes sur la primodélivrance et le renouvellement de leur titre de séjour – sans pour autant aller jusqu'à prévoir la délivrance automatique du titre de séjour pour les femmes victimes de violences (article 45 de la loi n° 2014-873 précitée).

subissent des désavantages particuliers²¹⁴⁹. Elles sont par exemple plus réticentes à demander une protection de l'État en cas de violences conjugales²¹⁵⁰, par crainte de subir une mesure d'éloignement. En leur facilitant l'obtention d'un titre de séjour, le législateur leur évite dès lors d'avoir à choisir entre les violences et la reconduite à la frontière.

651. Mais bien que le législateur protège spécifiquement certaines catégories de femmes dans le cadre de la réalisation de l'égalité réelle, les notions de « discrimination multiple » ou d'« intersectionnalité » n'apparaissent jamais dans les énoncés législatifs. Une telle absence découle de la persistance de l'approche unidimensionnelle de la discrimination en droit français, qui constitue un frein à la reconnaissance des discriminations intersectionnelles sur le terrain contentieux : les juges n'apparaissent pas prêts à s'écarter de l'approche critère par critère des discriminations.

B. L'absence de reconnaissance des discriminations intersectionnelles par les juges

652. De façon générale, les juges apparaissent réticents à la reconnaissance des discriminations multiples. Il convient toutefois de distinguer ici entre l'approche « additive »²¹⁵¹ et l'approche « intersectionnelle »²¹⁵² des discriminations, les juges étant davantage enclins à appréhender la première que la seconde. Le mode de raisonnement catégoriel des juges leur permet en effet davantage de reconnaître l'addition de plusieurs motifs de discrimination, que de saisir les stéréotypes touchant des minorités. La négation de la dimension intersectionnelle conduit néanmoins à l'invisibilisation de la situation de certaines catégories de femmes et des causes structurelles de leur désavantage²¹⁵³.

653. **Les juges français guidés par une approche unidimensionnelle.** Aucune juridiction française concernée par le contentieux des discriminations – judiciaires ou administrative – n'a

²¹⁴⁹ CARLES Isabelle, « Les discriminations multifactorielles fondées sur le genre et l'origine ethnique », *Hommes et migrations*, 2011, p. 48-56.

²¹⁵⁰ La loi de 2010 relative aux violences avait déjà permis une protection spécifique aux femmes étrangères victimes de violences, en prévoyant la délivrance ou le renouvellement du titre de séjour, ainsi que la délivrance d'un titre temporaire de séjour mention « vie privée et familiale », aux étrangers bénéficiant d'une ordonnance de protection en raison des violences subies au sein du couple (articles 11 et 12 de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 modifiant les articles L. 313-12, L. 431-2, L. 316-3 et L. 316-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile). Cette même loi prévoit également le rapatriement en France des étrangers – bénéficiant d'un titre de séjour en France – ayant été enlevés afin de subir un mariage forcé dans un autre État (article 34 de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010).

²¹⁵¹ SOLANKE Iyiola, « Putting race and gender together : a new approach to intersectionality », *The Modern Law Review*, Vol. 72(5), 2009, p. 728 : « Additive discrimination refers to discrimination occurring in relation to more than one ground. It can be described as sex- or race- "plus". Where a complaint cites more than one ground, in order to succeed the applicant must provide evidence to satisfy all grounds advanced ».

²¹⁵² DAUGAREILH Isabelle, « Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *Hommes et migrations*, 2011, p. 37 : « La discrimination intersectionnelle désigne une situation où plusieurs motifs agissent et interagissent les uns avec les autres en même temps, d'une manière telle qu'ils sont inséparables ».

²¹⁵³ HANNETT Sarah, « Equality at the intersections : the legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination », *op. cit.*, p. 70 : « An assumption of homogeneity in the analysis of gendered structural disadvantage ensures that the differing types and causes of structural disadvantage facing Black and Asian women will be overlooked ».

reconnu explicitement la notion de discrimination multiple ni, *a fortiori*, celle de discrimination intersectionnelle. La faible visibilité des discriminations multiples sur le terrain contentieux provient, en premier lieu, de la prédominance de l'approche unidimensionnelle des discriminations dans le mode de raisonnement des juges²¹⁵⁴. Cette approche « contraint les plaignants à fixer leur expérience dans des catégories isolées et prédéterminées. La discrimination est présentée comme émanant d'une caractéristique intrinsèque de l'individu (comme sa race, son sexe, son orientation sexuelle) et non pas comme le produit des rapports sociaux »²¹⁵⁵. Même dans les cas où les requérants invoquent plusieurs motifs de discrimination, les juges ne cherchent pas à analyser la situation sur le fondement des discriminations multiples ou de l'intersectionnalité et la motivation de leurs décisions demeure généralement laconique²¹⁵⁶.

654. Ainsi, dans une affaire où la requérante, salariée à la RATP, s'estimait victime de discrimination fondée sur le sexe et sur la race, en raison de brimades constantes, vexations et injures raciales et d'un désavantage dans le déroulement de sa carrière et l'accès aux congés de formation, la Cour d'appel de Paris a, de manière assez classique par rapport à l'ensemble du contentieux, conclu à l'existence d'une discrimination « fondée sur le sexe *ou* sur l'appartenance à une race »²¹⁵⁷. Mais les juges ne retiennent pas pour autant une analyse de la situation en termes de discriminations multiples ou d'intersectionnalité ; bien que la Cour admette que la requérante a été discriminée sur la base de deux motifs, il suffit pour les juges que la discrimination soit fondée sur un motif (la race *ou* le sexe) pour que l'employeur soit condamné²¹⁵⁸. Pourtant, cette affaire aurait pu être l'occasion pour les juges d'admettre explicitement la dimension intersectionnelle de la discrimination. La Cour souligne en effet que « le fait que trois salariés de couleur aient attesté ne pas avoir subi de discrimination de la part des supérieurs hiérarchiques ne peut exclure une

²¹⁵⁴ Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, *Lutte contre la discrimination multiple. Pratiques, politiques et lois*, *op. cit.*, p. 21 : « La jurisprudence sur la question reste limitée dans l'Union européenne [...]. Dans les procès, les différents motifs sont souvent traités séparément. Ainsi, si une affaire implique les motifs de race et de genre, la discrimination raciale sera habituellement invoquée séparément de celle de la discrimination fondée sur le sexe ; elles ne sont pas traitées comme inextricablement liées ».

²¹⁵⁵ KOMBILA Hilème, « Les entraves à l'approche "intersectionnelle" canadienne de la discrimination », *Revue des droits de l'homme*, n° 9, 2016, point 8.

²¹⁵⁶ LAULOM Sylvaine, « France », in BURRI Susanne, SCHIEK Dagmar, *Multiple discrimination in EU law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ?*, European Commission, février 2009, p. 54 : « Between 2001 and 2009, out of some 600 judgments relating to discrimination claims, only 6 judgments could be found referring to more than one ground of discrimination and 4 cases are about sex and one other ground of discrimination (trade union activity or race). Those judgments are not considered "important" cases of the Cour de cassation since they were neither published nor the subject of legal comment. They are very short decisions, not well motivated and thus difficult to analyse. Thus they could not be analysed as recognizing multiple discrimination and it is not possible to draw any general conclusions concerning the judicial approach to multiple discrimination ».

²¹⁵⁷ CA Paris, 8^e Chambre, section D, 29 janvier 2002, n° 01/32582 : « La RATP ne justifie dès lors par aucun critère objectif, étranger à toute discrimination fondée sur le sexe *ou* sur l'appartenance à une race, la disparité de situation constatée dans le déroulement de la carrière de la salariée depuis 1998 et dans le positionnement de son poste et le refus opposé à sa demande de congé de formation » (nous soulignons).

²¹⁵⁸ LAULOM Sylvaine, « France », *op. cit.*, p. 55 : « In fact when reading these decisions, one has the impression that for the courts the alleged ground of discrimination is not so important if a difference is found between one worker and other workers ».

telle pratique à l'encontre de cette dernière » ; les juges auraient pu admettre que la discrimination raciale était spécifique à la requérante, en tant que femme de couleur, et qu'une comparaison avec ses collègues masculins de couleur n'était dès lors pas pertinente. Mais les juges de la Cour d'appel, de même que ceux de la Cour de cassation²¹⁵⁹, n'ont pas cherché à approfondir leur motivation sur le terrain de l'intersectionnalité.

655. L'absence de prise en considération des discriminations multiples sur le terrain contentieux tient, en second lieu, à la faible mobilisation de cette notion par les requérants eux-mêmes. En effet, d'une part, lorsqu'ils mobilisent la notion de « discrimination multiple », c'est davantage pour contester la succession de plusieurs discriminations, fondées sur un même motif²¹⁶⁰. La notion de « discrimination multiple » n'est donc pas employée dans son sens de discrimination combinée par plusieurs motifs. D'autre part, d'un point de vue pragmatique, il n'est pas forcément intéressant pour les requérants de contester plusieurs motifs de discrimination en même temps. Il faut en effet dans ce cas apporter des éléments prouvant que l'agissement est fondé sur deux motifs ou plus, ce qui peut conduire à affaiblir l'argumentaire. De plus, cela n'apporte pas forcément une plus-value à l'issue du procès, puisque le droit français ne prévoit pas que la discrimination multiple constitue une circonstance aggravante ou aboutit à des dommages-intérêts supplémentaires²¹⁶¹. En raison d'une hiérarchisation certaine entre les motifs de discrimination – le motif de la « race » étant par exemple davantage sanctionné que celui de l'âge ou du sexe²¹⁶² –, le requérant tend dès lors à « prendre une décision stratégique pour choisir “le motif le plus fort” et laisser de côté les autres motifs de discrimination, difficiles à prouver »²¹⁶³. En somme, les requérants ne prennent pas le risque de réduire leurs chances de succès en invoquant un autre critère de discrimination moins bien protégé²¹⁶⁴. Le fait que l'approche unidimensionnelle des discriminations prévale dans le raisonnement des juges conduit par conséquent les requérants à s'adapter à une telle approche, bien que celle-ci ne reflète pas

²¹⁵⁹ Cass soc., 29 septembre 2004, n° 02-42427 : « La cour d'appel, appréciant les éléments de preuve fournis par les parties, a constaté une inégalité subie par la salariée dans le déroulement de sa carrière et dans ses possibilités d'avancement ».

²¹⁶⁰ Voir CA Paris, Pôle 6, Chambre 5, 13 décembre 2012, Répertoire général n° 11/12367. Le requérant demande la condamnation de son employeur pour « discriminations multiples et multiformes », mais celles-ci désignent en réalité les multiples discriminations liées à l'appartenance syndicale qu'il a subies.

²¹⁶¹ ROUX Juliette, « L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes. La mutation du droit vers la protection contre les discriminations multiples et l'intersectionnalité », *op. cit.*, point 42.

²¹⁶² MARTIN Philippe, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 63, n° 3, 2011, p. 607 : « Au plan technique, du reste, il apparaît que les juges n'exercent pas exactement le même contrôle sur les justifications susceptibles d'être fournies par le défendeur, selon les motifs ou terrains de la discrimination. Par exemple, le contrôle semble plus souple en matière de discrimination en raison de l'âge [...]. Comment dès lors combiner ces différents degrés de contrôle face à une discrimination multiple ? »

²¹⁶³ Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, *Lutte contre la discrimination multiple. Pratiques, politiques et lois*, *op. cit.*, p. 21.

²¹⁶⁴ HANNETT Sarah, « Equality at the intersections : the legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination », *op. cit.*, p. 72 : « *Where a claimant alleges multiple discrimination, and one ground is underprotected, for example, sexual orientation, this may affect not only the success of the multiple discrimination claim, but also the outcome of the discrimination claim on the protected ground, for example sex.* »

forcément la réalité de leur situation. Certains juges étrangers ont toutefois su se départir d'une approche unidimensionnelle pour reconnaître explicitement des discriminations multiples, tout en maintenant un raisonnement catégoriel, une « analyse compartimentée »²¹⁶⁵ ou « additive » des différents motifs de discrimination.

656. **La reconnaissance des discriminations additives à l'étranger.** L'approche catégorielle des discriminations n'est pas en elle-même un obstacle à l'appréhension des discriminations multiples, comme en témoigne le raisonnement de certains juges étrangers. Les juges étatsuniens et anglais sont certes plutôt réticents à admettre la dimension intersectionnelle des discriminations – qui s'éloigne d'une compréhension catégorielle, essentialiste, des discriminations – mais ils retiennent en revanche une approche « additive » des discriminations multiples – qui ne remet pas en cause les catégories. Aux États-Unis, les juges ont d'abord eu tendance à refuser de sanctionner les discriminations intersectionnelles. Dans l'affaire *DeGraffenreid v. General Motors* jugé en 1976 par la Cour du district du Missouri, les requérantes arguaient que la politique de l'employeur « derniers-engagés, premiers-lienciés » (« *last-hired, first-fired* ») les discriminait de façon indirecte en tant que femmes noires²¹⁶⁶. La Cour a rejeté l'argument selon lequel les femmes noires constitueraient « une catégorie spécifique protégée contre les discriminations » et n'a pas autorisé les requérantes à combiner les différents dispositifs protecteurs – interdisant la prise en compte du motif du sexe et de la race – pour créer un nouveau « super-remède » (« *super-remedy* ») qui irait au-delà de ce qui est prévu par le droit antidiscriminatoire²¹⁶⁷. Les juges ont exigé la preuve d'une discrimination soit fondée sur le sexe, soit fondée sur la race²¹⁶⁸. Or, précisément, la discrimination ne pouvait en l'espèce pas être prouvée en appliquant l'approche classique, critère par critère, des discriminations, car ni les femmes blanches, ni les hommes noirs, n'étaient désavantagés par la politique de l'employeur. Dans l'affaire *Jefferies* de 1980, la Cour d'appel des États-Unis a néanmoins dépassé l'approche unidimensionnelle des discriminations, en admettant que la discrimination envers les femmes noires pût exister même en cas d'absence de preuve de discrimination contre les hommes noirs ou les femmes blanches²¹⁶⁹. La Cour considère alors que les décisions de justice reconnaissant la

²¹⁶⁵ KOMBILA Hilème, « Les entraves à l'approche "intersectionnelle" canadienne de la discrimination », *op. cit.*, point 15.

²¹⁶⁶ Cette affaire est du reste le point de départ de la réflexion de Kimberlé Crenshaw sur l'intersectionnalité (CRENSHAW Kimberlé, « Demarginalizing the intersection of race and sex : a Black Feminist Critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics », *The University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139-167).

²¹⁶⁷ United States District Court, E. D. Missouri, E. D., 4 mai 1976, *Emma DeGraffenreid et al., Plaintiffs v. General Motors Assembly Division, St. Louis, a corporation, et al., Defendants*, 413 F. Supp. 142 (1976), point 143.

²¹⁶⁸ MCCOLGAN Aileen, « Reconfiguring Discrimination Law », *Public Law*, Vol. 1, 2007, p. 80.

²¹⁶⁹ United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 21 avril 1980, *Dafro M. Jefferies, Plaintiff-Appellant v. Harris County Community Action Association et al., Defendants-Appellees*, n° 77-1848, point 23 : « *The essence of Jefferies' argument is that an employer should not escape from liability for discrimination against black females by a showing that it does not discriminate against blacks and that it does not discriminate against females. We agree that discrimination against black females can exist even in the absence of discrimination against black men or white women.* »

possibilité pour les requérants d'invoquer, de façon additive, la discrimination fondée sur le sexe ainsi qu'un autre motif (« *sex-plus* » cases) forment un précédent pour protéger les catégories de femmes défavorisées (« *subclass of women* »), telles que les femmes noires²¹⁷⁰. La jurisprudence ultérieure a cependant peu suivi, dans l'ensemble, la solution exacte dégagée dans *Jefferies*. Plus précisément, les juges se sont montrés davantage enclins à admettre les discriminations additives (l'approche « *sex-plus* ») que les discriminations intersectionnelles²¹⁷¹, en exigeant majoritairement des requérantes qu'elles prouvent le caractère à la fois sexiste et raciste de la discrimination²¹⁷². La volonté de ne pas multiplier les sous-catégories²¹⁷³ souligne de plus la tendance des juges à maintenir des catégories de personnes discriminées *objectives* et bien définies, ce qui va justement à l'encontre de l'approche intersectionnelle anti-essentialiste.

657. Cette tendance est également présente dans la jurisprudence anglaise, qui admet la possibilité pour les requérants de contester des discriminations fondées sur plusieurs critères additionnés, tout en refusant de reconnaître les discriminations intersectionnelles. Dans l'affaire *Babl v. Law Society*²¹⁷⁴, la Cour d'appel retient clairement une approche additive des discriminations, en exigeant la preuve de chaque motif discriminatoire²¹⁷⁵. Les juges ont donc refusé de protéger certaines catégories de femmes sur le fondement de la discrimination intersectionnelle, mais ils n'ont pas nié la possibilité pour les juridictions de sanctionner les discriminations additives, sur le modèle de l'approche « *sex-plus* » étatsunienne²¹⁷⁶.

658. En dépit d'une reconnaissance des discriminations multiples, les juges anglais et étatsuniens ne se sont pas pour autant émancipés d'une approche catégorielle des discriminations. L'approche additive a pourtant tendance à « minimiser la complexité » du phénomène

²¹⁷⁰ ABRAMS Kathryn, « Title VII and the complex female subject », *op. cit.*, p. 2495.

²¹⁷¹ *Ibid.*, p. 2502.

²¹⁷² Voir par exemple l'affaire *Hicks v. Gates Rubber Co.* (United States Court of Appeals, Tenth Circuit, 25 novembre 1987, n° 84-1232), dans laquelle la Cour d'appel exige, pour prouver un harcèlement à caractère sexuel et racial, que le requérant apporte la preuve agrégée d'une hostilité raciale et d'une hostilité sexiste (« *may aggregate evidence of racial hostility with evidence of sexual hostility* », point 48).

²¹⁷³ United States District Court, District of Columbia, 12 décembre 1986, *Judge v. Marsh*, Civ. A. n° 82-1635 : « *The difficulty with this position is that it turns employment discrimination into a many-headed Hydra, impossible to contain within Title VII's prohibition. Following the Jeffries rationale to its extreme, protected subgroups would exist for every possible combination of race, color, sex, national origin and religion* ».

²¹⁷⁴ Le Tribunal de première instance avait admis le caractère combiné de la discrimination faite par un employeur à l'encontre d'une femme noire et asiatique, en jugeant que cette dernière était défavorisée par rapport à un homme blanc. La dimension intersectionnelle de la discrimination était ainsi reconnue par les juges du fond, la plaignante ayant été discriminée en tant que femme de couleur par rapport à un homme blanc. Les juges d'appel ont cependant infirmé le jugement, en considérant que la loi britannique exigeait que chaque motif de discrimination soit examiné par le Tribunal séparément ; la situation de la requérante devait être dès lors, selon les juges, comparée d'abord avec celle des hommes et ensuite avec celle des personnes de couleur (England and Wales Court of Appeal, 30 juillet 2004, *Kamlesh Babl v. The Law Society*, [2004] EWCA Civ 1070, point 137).

²¹⁷⁵ MARTIN Philippe, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *op. cit.*, p. 604.

²¹⁷⁶ Dans l'affaire *Nwoke v. Government Legal Service* (1996, 28 EOR 6), les juges avaient déjà retenu une approche additive des discriminations, en faisant droit à la demande de la requérante, une femme noire, qui s'était vue refusée un poste au service juridique du gouvernement. Celle-ci avait réussi à prouver que les candidats étaient mieux notés lorsqu'ils étaient blancs et avaient plus de chances d'être nommés et mieux payés lorsqu'ils étaient des hommes.

discriminatoire, en considérant les discriminations de façon « compartimentée », la catégorie « sexe » comme intangible, et le groupe « femme » comme « essentialisé »²¹⁷⁷. Cela se traduit, sur le plan contentieux, par la difficulté pour certaines requérantes de prouver un « double-fardeau », alors que la discrimination ne les vise qu'en tant que femme noire ou en tant que femme handicapée²¹⁷⁸. Ainsi, selon l'approche additive, si une requérante souhaite établir que l'employeur l'a discriminée en raison de préjugés contre les femmes handicapées, elle ne pourra pas établir une telle preuve si l'employeur démontre qu'il embauche à la fois des hommes handicapés et des femmes valides²¹⁷⁹. Certaines décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme illustrent de façon significative cette difficulté, pour les juges, de qualifier de discriminatoires de tels désavantages spécifiques.

659. **L'invisibilisation de la dimension intersectionnelle des discriminations par les juges européens.** Si la Cour européenne des droits de l'homme a pu reconnaître le caractère discriminatoire de certains faits touchant spécifiquement les femmes, tels que le viol, il apparaît que trop souvent, la Cour ne prend pas en compte les différences de situation entre les femmes²¹⁸⁰. Le raisonnement de la Cour apparaît généralement peu enclin à adopter une lecture intersectionnelle ou même additive des discriminations²¹⁸¹. L'absence d'une telle prise en considération a conduit, dans certains cas, à nier la garantie de certains droits, et dans d'autres cas, à amoindrir la protection des droits.

660. En premier lieu, la négation par la Cour européenne de la dimension intersectionnelle des discriminations s'est manifestée à travers le refus de considérer, à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne²¹⁸², l'interdiction ou les limitations du port du voile comme une violation discriminatoire de la liberté de religion des femmes musulmanes. Dans certaines affaires, les requérantes contestaient des réglementations interdisant le port du foulard islamique dans le

²¹⁷⁷ HANNETT Sarah, « Equality at the intersections : the legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination », *op. cit.*, p. 76.

²¹⁷⁸ MCCOLGAN Aileen, « Reconfiguring Discrimination Law », *op. cit.*, p. 81 : « It renders proof of discrimination virtually impossible for someone who differs from the "unstated norm" in more than one respect ».

²¹⁷⁹ MARTIN Philippe, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *op. cit.*, p. 606.

²¹⁸⁰ TULKENS Françoise, « Droits de l'homme, droits des femmes. Les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme », in CAFLISCH Lucius, *Human Rights – Strasbourg Views. Droits de l'homme – Regards de Strasbourg*, Kehl-Strasbourg-Arlington, N.P. Engel, 2007, p. 423 et s.

²¹⁸¹ Voir par exemple CEDH, 24 janvier 2017, *Khamtokhu et Aksenchik c/ Russie*, n° 60367/08 et 961/11. Les requérants ayant été condamnés à perpétuité estiment avoir subi une discrimination fondée sur le sexe et sur l'âge. La législation russe prévoit en effet que les femmes et les mineurs ne peuvent pas subir une telle peine, qui concerne dès lors uniquement les hommes adultes. La Cour ne mobilise pas l'approche de la discrimination multiple et examine les deux critères du sexe et de l'âge séparément (points 80 et 82). Dans les deux cas, la Cour juge que la différence de traitement est justifiée, l'exclusion de la perpétuité des catégories vulnérables que sont les mineurs et les femmes apparaissant ici comme un progrès social.

²¹⁸² CJUE, 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui c/ Micropole S.A.*, C-188/15 et *Samira Achbita c/ G4S Secure Solutions NV*, C- 157/15.

cadre de l'activité d'enseignement²¹⁸³, en tant qu'étudiante à l'université²¹⁸⁴ ou encore le port du voile intégral dans l'espace public²¹⁸⁵, à la fois sur le terrain de la liberté de religion (article 9 de la Convention) et sur celui de la non-discrimination (article 14). Elles estimaient en effet que ces interdictions étaient constitutives de discriminations, car elles visaient spécifiquement les femmes musulmanes et non les hommes musulmans ou les femmes non musulmanes. Dans l'affaire *S.A.S.* de 2014, la requérante invoquait d'ailleurs – sans employer le terme de discrimination « multiple » ou « intersectionnelle » – une discrimination fondée sur « le sexe, la religion et l'origine ethnique au détriment des femmes musulmanes, qui, comme elles portent le voile islamique intégral »²¹⁸⁶. Le caractère intersectionnel de la discrimination était donc implicitement souligné, contrairement aux autres affaires où les requérantes n'invoquaient qu'un seul motif de discrimination, le sexe²¹⁸⁷ ou même aucun motif de discrimination particulier²¹⁸⁸. Mais la Cour européenne n'a reconnu, dans aucune des affaires, le caractère discriminatoire des limitations au port du voile²¹⁸⁹, *a fortiori* peu sensible à la dimension intersectionnelle de celles-ci²¹⁹⁰. Pourtant, dans l'affaire *S.A.S.*, la Cour a admis que « la prohibition critiquée p[esait] pour l'essentiel sur les femmes musulmanes qui souhait[ai]ent porter le voile intégral »²¹⁹¹. Dans les affaires *Dablab*²¹⁹² et *Leyla Sabih*²¹⁹³, la Cour est même allée jusqu'à retenir l'argument du respect du principe d'égalité des sexes pour légitimer les limitations au port du voile – considéré comme un signe d'oppression des femmes – dans le cadre de l'enseignement, ce qui a suscité certaines critiques, notamment de la part de la juge Tulkens dans une opinion dissidente. Celle-ci a en effet qualifié de

²¹⁸³ CEDH, 15 février 2001, *Dablab c/ Suisse*, n° 42293/98.

²¹⁸⁴ CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sabih c/ Turquie*, n° 44774/98.

²¹⁸⁵ CEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c/ France*, n° 43835/11.

²¹⁸⁶ Affaire *S.A.S.* précitée, point 80.

²¹⁸⁷ Affaire *Dablab* précitée : « La requérante estime que l'interdiction exprimée par les autorités suisses constitue une discrimination à raison du sexe, au sens de l'article 14 de la Convention, dans la mesure où un homme de confession musulmane pourrait enseigner à l'école publique sans encourir d'interdiction d'une quelconque nature ».

²¹⁸⁸ Affaire *Leyla Sabih* précitée, point 165.

²¹⁸⁹ Dans tous les cas, les juges refusent néanmoins de reconnaître la discrimination, en raison de la légitimité du but poursuivi par les États, à savoir, d'un côté, le maintien de la neutralité religieuse dans l'enseignement public (affaires *Dablab* et *Leyla Sabih* précitées) et, de l'autre, la défense de la sécurité publique et des « exigences minimales de la vie en société » – ou le « vivre ensemble » – invoquée par la France pour justifier la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (affaire *S.A.S.* précitée, points 139 et 141).

²¹⁹⁰ Dans l'affaire *Dablab*, la Cour juge ainsi, en se concentrant sur l'intention non discriminatoire du législateur et du but légitime poursuivi, que l'interdiction de revêtir le foulard islamique dans le cadre de l'activité professionnelle d'enseignement « ne vise pas son appartenance au sexe féminin, mais poursuit le but légitime du respect de la neutralité de l'enseignement primaire public ». Le même argument est également repris dans l'affaire *Leyla Sabih*, mais s'agissant de la discrimination sur le motif de la religion (point 165).

²¹⁹¹ Affaire *S.A.S.* précitée, points 151 et 146.

²¹⁹² Affaire *Dablab* précitée : « Comment dès lors pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves ».

²¹⁹³ Affaire *Leyla Sabih* précitée, point 116 : « Dans un tel contexte, où les valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes devant la loi, sont enseignées et appliquées dans la pratique, l'on peut comprendre que les autorités compétentes aient voulu préserver le caractère laïque de leur établissement et ainsi estimé comme contraire à ces valeurs d'accepter le port de tenues religieuses, y compris, comme en l'espèce, celui du foulard islamique ».

«paternaliste» l'interprétation de l'égalité des sexes retenue par la majorité des juges, qui conduisait en l'espèce à imposer à une femme «un comportement auquel, sans que la preuve contraire ait été rapportée, elle consent[ait] librement»²¹⁹⁴. Dans l'affaire *S.A.S.*, la requérante pointait justement que la conception de l'égalité des sexes retenue par le gouvernement français²¹⁹⁵ conduisait à entraver le libre choix des femmes de se voiler et constituait dès lors une rupture d'égalité²¹⁹⁶. La Cour est certes allée dans son sens en refusant d'admettre que l'égalité des sexes puisse constituer dans cette affaire un but légitime à l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public²¹⁹⁷, mais elle n'est pas allée jusqu'à admettre que la restriction du port du voile puisse constituer une entrave discriminatoire à l'exercice de leur liberté de religion.

661. En second lieu, l'absence de reconnaissance de la dimension intersectionnelle a eu pour conséquence, dans d'autres cas, non pas d'entraver directement les droits de certaines catégories de femmes, mais d'amoindrir leur protection, par la négation de l'aspect collectif et structurel des discriminations. Par exemple, si la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que les mutilations génitales féminines constituent des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention, qui ne peuvent pas être justifiées par des considérations culturelles²¹⁹⁸, elle a néanmoins nié leur caractère discriminatoire. Ces pratiques sont pourtant perpétrées spécifiquement à l'encontre de certaines catégories de femmes, en particulier des femmes africaines. Le raisonnement de la Cour revient à occulter leur dimension collective et intersectionnelle, ce qui aboutit à amoindrir la protection de ces femmes au titre de l'asile. En effet, la Convention de Genève de 1951 reconnaît que les individus craignant avec raison d'être persécutés dans leur pays d'origine, notamment «en raison de [leur] appartenance à un certain groupe social»²¹⁹⁹, et ne pouvant pas obtenir de protection de la part de cet État, ont le statut de réfugié et peuvent dès lors demander l'asile dans l'un des États parties²²⁰⁰. Mais la Cour

²¹⁹⁴ Opinion dissidente de la juge Tulkens sous l'arrêt *Leyla Sabih* précité, points 11 et 12 : «Le port du foulard n'a pas de signification univoque et cette pratique répond à des motivations variables. Elle ne symbolise pas nécessairement la soumission de la femme à l'homme et, dans certains cas, certains soutiennent qu'elle pourrait même être un instrument d'émancipation de la femme».

²¹⁹⁵ Affaire *S.A.S.* précitée, point 82 : Le gouvernement défend le «respect de l'égalité entre hommes et femmes, dès lors que considérer que les femmes doivent dissimuler leur visage dans l'espace public pour la seule raison qu'elles sont des femmes revient à nier leur droit d'exister en tant qu'individu et à réserver l'expression de leur individualité à l'espace privé familial ou à un espace exclusivement féminin».

²¹⁹⁶ Affaire *S.A.S.* précitée, point 77 : La requérante juge «ironique qu'une idée abstraite d'égalité des sexes aille à l'encontre du choix profondément personnel des femmes qui décident de se voiler et souligne que les sanctionner aggrave l'inégalité que l'on prétend combattre».

²¹⁹⁷ Affaire *S.A.S.* précitée, point 119.

²¹⁹⁸ CEDH, 20 septembre 2011, *Omerdo c/ Autriche*, n° 8969/10.

²¹⁹⁹ Article 1-A-2) de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du Protocole de New York du 31 janvier 1967.

²²⁰⁰ Les juges français ont à ce titre admis – à certaines conditions – que les enfants ou adolescentes non mutilées originaires d'une population «dans laquelle les mutilations sexuelles féminines sont couramment pratiquées au point de constituer une norme sociale», sont considérés comme appartenant à un groupe social menacé, au sens de la Convention de Genève (CE, 21 décembre 2012, n° 332491, n° 332492 (*Fofana*), n° 332607 (*OFPRA c/ Traore*)). Pour les juges, «il appartient cependant à ces personnes,

européenne des droits de l'homme, saisie par des requérantes menacées d'excision qui avaient vu leur demande d'asile rejetée par les juridictions nationales, s'est montrée peu encline à garantir leur protection²²⁰¹, par l'usage d'une motivation « systématiquement défavorable aux victimes »²²⁰². La Cour conclut systématiquement à l'absence de crédibilité des victimes et à l'absence de risque encouru dans le pays d'origine, en dépit de statistiques significatives appuyant les témoignages des requérantes²²⁰³. En adoptant là encore une approche individuelle et non pas collective de la situation, la Cour insiste sur le fait que la requérante n'est pas elle-même dans une situation vulnérable, étant adulte et ayant eu une éducation progressiste par des parents opposés à l'excision, déniaient le caractère « sérieux et avéré » des autres parties du récit²²⁰⁴. La négation du caractère discriminatoire des mutilations génitales féminines conduit à mettre au second plan la dimension collective de celles-ci et la preuve au moyen des statistiques, au profit d'une preuve par le récit personnel, beaucoup moins favorable aux victimes²²⁰⁵. De la même manière, la Cour européenne n'a pas considéré que les actes de stérilisation forcée perpétrés à l'encontre des femmes roms constituent des discriminations fondées, de manière imbriquée, à la fois sur le sexe des requérantes et sur leur appartenance à la communauté rom²²⁰⁶, alors même que de telles pratiques sont dénoncées par de nombreux rapports européens et internationaux²²⁰⁷.

pour être admises au statut de réfugié, de fournir des éléments circonstanciés, notamment familiaux, géographiques ou sociologiques relatifs aux risques qu'elles encourent, afin que les autorités nationales puissent apprécier le bien-fondé de cette demande ». Une telle protection n'est pas absolue : les juges précisent que « l'admission au statut de réfugié peut légalement être refusée, ainsi que le prévoit l'article L. 713-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, lorsque l'intéressé peut avoir accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine, à laquelle il est en mesure, en toute sûreté, d'accéder afin de s'y établir et d'y mener une vie familiale normale ». De même, les mères de ces jeunes filles ne sauraient, pour le Conseil d'État, « être regardées comme relevant d'un groupe social et susceptible de ce titre d'être personnellement exposées à des persécutions ».

²²⁰¹ Quatre décisions concluent à l'irrecevabilité des requêtes : CEDH, 8 mars 2007, *Collins et Akaziebie c/ Suède*, n° 23944/05 ; CEDH, 17 mai 2011, *Işenbekhai c/ Irlande*, n° 43408/08 ; CEDH, 20 septembre 2011, *Omeredo c/ Autriche*, n° 8969/10 ; CEDH, 7 avril 2015, *ES c/ France*, n° 59345/11. Seul l'arrêt *Sow c/ Belgique* rendu le 19 janvier 2016 (n° 27081/13) examine l'affaire au fond, mais conclut à l'absence de violation de l'article 3 de la Convention.

²²⁰² ROMAN Diane, « Le droit d'asile pour les victimes de mutilations génitales féminines », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1215.

²²⁰³ La Cour ne conteste pas que les femmes et les filles guinéennes ont traditionnellement été soumises à des mutilations génitales féminines et que, dans une très large mesure, elles continuent de l'être, à 96 % selon le rapport conjoint du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides en Belgique, à l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides et à l'Office fédéral des migrations en Suisse. Pourtant, ni ces statistiques pourtant significatives, ni le récit de la requérante, ne suffisent à établir la preuve du risque sérieux d'excision (affaire *Sow* précitée, points 38 et 62).

²²⁰⁴ Affaire *Sow* précitée, point 68.

²²⁰⁵ À l'inverse de la Cour européenne, le Comité contre la torture des Nations Unies a jugé dans la communication *FB c/ Pays-Bas* (n° 613/2014) du 22 novembre 2015, que les incohérences dans le récit de la requérante n'étaient pas « de nature à minimiser la réalité de la prévalence de l'excision (en Guinée) ». Voir ROMAN Diane, « Le droit d'asile pour les victimes de mutilations génitales féminines », *op. cit.*, p. 1215.

²²⁰⁶ CEDH, 8 novembre 2011, *V.C. c/ Slovaquie*, point 171. La Cour conclut à la violation des articles 3 (interdiction des traitements inhumains et dégradants) et 8 (respect de la vie privée et familiale) de la Convention, mais elle rejette la plainte de la requérante qui invoquait l'article 14 pour dénoncer une double discrimination fondée à la fois sur la race et le sexe – en faisant référence au Comité CEDEF qui considère la stérilisation forcée comme une forme de violence envers les femmes. Une telle négation de l'aspect discriminatoire de la stérilisation forcée a du reste été critiquée par le juge Mijovic qui, dans son opinion dissidente, prend en considération le contexte historique et l'expérience vécue par la requérante en tant que femme rom pour reconnaître la dimension discriminatoire de la stérilisation forcée.

²²⁰⁷ KOCZE Angela, « La stérilisation forcée des femmes roms dans l'Europe d'aujourd'hui », *Cahiers du genre*, n° 50, 2011/1, p. 133-152.

662. Il serait toutefois excessif de conclure que les concepts de discriminations multiples et intersectionnelles ne sont pas adaptables au raisonnement des juges européens. La Cour européenne s'est en effet ponctuellement montrée disposée à reconnaître le caractère discriminatoire de situations spécifiques à certaines catégories de femmes. Dans l'affaire *B.S. contre Espagne*, la requérante, femme d'origine africaine exerçant la prostitution, contestait, notamment sur le fondement de l'article 14 combiné avec l'article 3 de la Convention, les pratiques de violences racistes et sexistes perpétrées par les autorités de police espagnoles à son encontre. Sans mentionner explicitement la notion de discrimination intersectionnelle, la Cour conclut à l'existence d'une discrimination, en prenant en considération « la vulnérabilité spécifique de la requérante, inhérente à sa qualité de femme africaine exerçant la prostitution »²²⁰⁸. Le renvoi à la « vulnérabilité spécifique » de cette femme pour qualifier une discrimination marque donc une évolution du raisonnement du juge européen vers une compréhension intersectionnelle – et non pas seulement additive – des discriminations²²⁰⁹. Cette approche n'est pas non plus inconnue de la Cour de justice de l'Union européenne, dans des affaires certes non relatives aux droits des femmes²²¹⁰. Ces modes de raisonnement, certes ponctuels, sont la preuve qu'une approche des discriminations centrée sur la vulnérabilité spécifique de certaines catégories d'individus à l'intersection de plusieurs motifs de discrimination est possible.

663. Si le droit de la non-discrimination s'avère encore peu disposé à prendre en compte la situation spécifique de certaines catégories de femmes, il admet néanmoins que le groupe des femmes est majoritairement désavantagé par rapport à celui des hommes. La reconnaissance du caractère asymétrique des inégalités a conduit, soit à les rendre visibles aux yeux du droit et à y remédier sur le terrain de l'égalité réelle – à l'instar des violences conjugales –, soit à les qualifier de discriminations – comme les différences de traitement en raison de la grossesse ou le harcèlement sexuel. Cette seconde évolution dénote dès lors un changement dans la manière de définir la discrimination fondée sur le sexe : le droit prend alors en compte le caractère asymétrique des inégalités, en d'autres termes, la différence entre les sexes, pour qualifier la

²²⁰⁸ CEDH, 24 juillet 2012, *B.S. c/ Espagne*, n° 47159/08, point 71. DEMBOUR Marie-Benedicte, « In the name of the Rule of Law : the European Court of Human Rights' silencing of racism », in BHAMBRA , SHILLIAM , *Silencing human rights : critical engagements with a contested project*, Palgrave Macmillan, 2009, p. 184-202.

²²⁰⁹ YOSHIDA Keina, « Toward intersectionality in the European Court of Human Rights : the case of BS v. Spain », *Feminist Legal Studies*, Vol. 21, 2013, p. 195-204.

²²¹⁰ CJUE, 6 décembre 2012, *Johann Odar contre Baxter Deutschland GmbH*, C-152/11, point 69. La Cour reconnaît le caractère discriminatoire d'un régime de prévoyance sociale désavantageant les travailleurs gravement handicapés âgés, proches de la retraite ; les juges tiennent compte, pour qualifier la discrimination, des besoins spécifiques de ces personnes, celles-ci étant « exposées à des besoins financiers incompressibles liés à leur handicap et/ou qu'en vieillissant, ces besoins financiers augmentent ». En revanche, dans l'affaire *Parris*, elle refuse explicitement de reconnaître « la discrimination fondée sur l'effet combiné de l'orientation sexuelle et de l'âge » s'agissant du désavantage subi par les partenaires de même sexe en matière de pension de survie (CJUE, 24 novembre 2016, *David L. Parris*, C-443/15). Voir MOIZARD Nicolas, « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *RDT*, 2017, p. 267.

discrimination, s'éloignant ainsi d'une compréhension formelle des discriminations plaçant par principe hommes et femmes dans des situations identiques.

664. Mais l'évolution du droit de la non-discrimination n'a pas seulement abouti à qualifier des *traitements* défavorables de discriminations *directes* en raison de leur dimension asymétrique. Elle a également permis aux juges de qualifier de discriminations *indirectes* les *conséquences* d'une norme ou d'une pratique apparemment neutre quant au sexe, mais entraînant des effets asymétriques sur les femmes et les hommes.

Section II. La sanction des discriminations indirectes fondées sur le sexe

665. Le droit français admet aujourd'hui que la réalisation du principe d'égalité des sexes nécessite de sanctionner les effets d'une norme ou d'une pratique apparemment neutre quant au sexe qui, dans les faits, désavantage majoritairement l'un ou l'autre sexe. Cette évolution a été marquée d'abord outre-Atlantique, aux États-Unis et au Canada, sur le terrain de la discrimination en raison de la race, de l'origine et de la religion. La Cour suprême étatsunienne a admis en 1971 dans l'arrêt *Griggs* qu'une discrimination raciale pouvait être engendrée par les effets disparates (« *disparate impact*») d'une norme ou d'une pratique et pas seulement par l'intention discriminatoire²²¹¹. Cette solution tendait à remédier au « racisme inconscient » qui avait été jusqu'alors ignoré du droit de la non-discrimination, et qui constituait pourtant la cause structurelle de la perpétuation des inégalités raciales²²¹². Dans sa décision *Andrews* de 1989, la Cour suprême du Canada reconnaît de surcroît explicitement ce lien entre la concrétisation du principe d'égalité et la lutte contre les effets discriminatoires d'une norme ou d'une pratique²²¹³ : « Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière [...], la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné [...]. Une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre »²²¹⁴. Non sans influence de la part du droit étatsunien²²¹⁵, le droit européen a lui-même pris en compte les effets des normes et des pratiques dans la qualification des discriminations, à travers la notion de « discrimination indirecte » : la discrimination n'est alors plus seulement constituée par la différence de traitement dans l'énoncé de la norme ou par l'intention explicite de l'auteur de la pratique, mais également, de manière indirecte par l'effet de ces normes et pratiques²²¹⁶. Celles-ci ont un impact différencié,

²²¹¹ Cour suprême des États-Unis, 8 mars 1971, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). Il a ainsi été jugé dans cette décision que les conditions de diplômes et les tests mis en place par une entreprise pour être recruté ou transféré aux postes les mieux rémunérés constituaient une violation du Titre VII du Civil Right Act de 1964, car ils conduisaient en pratique à empêcher les Afro-américains d'accéder aux postes les plus élevés de l'entreprise. Des affaires antérieures avaient cependant déjà sanctionné comme discriminatoires les effets disparates de mesures ou pratiques sur les individus de couleur, mais sur le fondement du 14^e amendement à la Constitution étatsunienne (*Wilson v. Lane*, 307 U.S. 268 (1939) et *Oyama v. California*, 332 U.S. 633 (1948)).

²²¹² LAWRENCE Charles, « The Id, the Ego and Equal protection : Reckoning with unconscious racism », *Stanford Law review*, Vol. 39, 1987, p. 319 : « *The injury of racial inequality exists irrespective of the decisionmakers' motives* ».

²²¹³ La Cour suprême avait déjà reconnu la notion de discrimination par « suite d'un effet préjudiciable » en 1985 : *Commission ontarienne des droits de la personne c/ Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 RCS 536. Voir MÉDARD-INGHILTERRA Robin, « Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne », *op. cit.*, p. 8.

²²¹⁴ Cour suprême du Canada, 2 février 1989, *Andrews c/ Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143.

²²¹⁵ TOBLER Christa, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, rapport de la Commission européenne, septembre 2008, p. 26 : « Ces ordres juridiques nationaux en particulier semblent avoir influencé le droit communautaire, ce qui a conduit à appeler le concept de discrimination indirecte une transplantation de ce concept issu des systèmes de droit commun dans les systèmes de droit civil du continent européen ».

²²¹⁶ Article 1^{er} de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail : « "discrimination

notamment selon le sexe, précisément car les femmes et les hommes ne sont pas toujours, dans les faits, dans des situations similaires.

666. La reconnaissance des discriminations indirectes implique par conséquent, pour les juges comme pour les auteurs de normes ou de pratiques, de considérer les différences existant dans les faits entre les sexes et non d'en faire abstraction. Certes, la sanction des discriminations indirectes peut avoir pour *finalité* de rétablir *à terme* une indifférence de traitement entre les sexes²²¹⁷. Mais ce qu'il importe ici de montrer est que le mode de raisonnement des acteurs juridiques s'appuie sur la différence des sexes pour constater le désavantage en cause. En effet, pour sanctionner une discrimination indirecte, les juges doivent prendre en compte la situation différente des femmes et des hommes pour mesurer l'impact de la mesure. En outre, afin d'éviter d'être sanctionnés sur le terrain des discriminations indirectes, les auteurs des normes et des pratiques peuvent être incités à réfléchir en amont à l'adaptation de celles-ci aux différences, en somme, de traiter différemment les situations différentes, fût-ce de manière temporaire, afin de remédier «aux causes sous-jacentes de la discrimination indirecte»²²¹⁸. La sanction de la discrimination indirecte peut ainsi servir de révélateur dans des domaines où une action positive est nécessaire pour remédier aux inégalités de fait²²¹⁹.

667. Si le droit français a intégré la notion de discrimination indirecte, c'est une fois encore sous la pression du droit de l'Union européenne. Le législateur et les juges français ont en effet montré – et montrent encore – une résistance certaine à une telle reconnaissance, la conception de la discrimination induite par cette notion se heurtant frontalement à l'égalité formelle, implique seulement l'abstraction des énoncés juridiques quant aux différences. Cette intégration de force a malgré tout permis à certains juges de mettre en évidence la dimension « structurelle » des discriminations, les inégalités entre les femmes et les hommes constitutives de discriminations indirectes reposant sur les rôles de genre structurant la société (I). Mais la résistance opposée à la notion de discrimination indirecte constitue tout de même un frein important à la sanction de ces formes de discrimination sur le terrain contentieux, en particulier devant le juge administratif (II).

indirecte” : la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe [...]».

²²¹⁷ Par exemple, dans l'arrêt *Leone* de la CJUE déjà étudiée dans le cadre de l'analyse des mesures préférentielles (cf. partie I, titre II, chapitre II), la reconnaissance de la discrimination indirecte tend à rétablir un traitement identique entre les hommes et les femmes ayant interrompu leur carrière pour élever un enfant, s'agissant de la jouissance des pensions de retraite (CJUE, 17 juillet 2014, *Époux Leone*, C-173/13).

²²¹⁸ TOBLER Christa, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 59 : «Le concept de discrimination indirecte a un rôle à jouer : en révélant les causes sous-jacentes de la discrimination indirecte, il peut aider les États à identifier les domaines dans lesquels l'ingénierie sociale est nécessaire».

²²¹⁹ MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 269 : «L'interdiction des discriminations indirectes p [eu] t inciter l'employeur à lutter concrètement contre les mécanismes plus institutionnels d'exclusion systématique des salariés issus des minorités».

I. La reconnaissance de la notion de discrimination indirecte comme outil de lutte contre les inégalités de fait structurelles

668. La sanction des discriminations indirectes témoigne d'une évolution de l'acception du principe d'égalité dépassant le cadre de l'égalité formelle²²²⁰. En effet, la discrimination indirecte fondée sur le sexe est engendrée par une norme ou une pratique qui ne distingue pas *formellement* les individus selon le critère du sexe – ou aucun autre critère²²²¹. Le traitement est discriminatoire parce qu'il ne prend précisément pas en compte les situations différentes entre les femmes et les hommes dans les faits et génère ainsi des inégalités de fait entre eux²²²². Les juges doivent ainsi mesurer l'impact d'une norme ou d'une pratique *a priori* neutre quant au sexe en prenant en considération l'existence de différences de fait entre les sexes. Il peut s'agir en premier lieu d'un désavantage engendré en raison des différences biologiques, par exemple, lorsque les conditions d'admissibilité à un emploi requièrent des critères de poids et de taille qui désavantagent les femmes, majoritairement plus petites et plus légères que les hommes²²²³. Mais le désavantage peut également résulter de la hiérarchie de genre, en d'autres termes, d'une répartition inégale des rôles sociaux entre les femmes et les hommes, par exemple, lorsqu'une mesure désavantage un emploi occupé dans les faits majoritairement par les femmes, du fait de la dévalorisation sexuée de certains métiers fondée sur des stéréotypes – appelée aussi « ségrégation professionnelle »²²²⁴ – qui

²²²⁰ TAUB Nadine, « The relevance of disparate impact analysis in reaching for gender equality », *Constitutional Law Journal*, Vol. 6, 1996, p. 949.

²²²¹ Deux cas de figure peuvent néanmoins être dégagés (voir CALVÈS Gwénaële, « Les discriminations indirectes à raison du sexe ou de l'orientation sexuelle : évolution et hésitations du droit européen », intervention au colloque international organisé par le GEDI, *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, Université d'Angers, 10-12 mai 2017). D'un côté, la discrimination indirecte peut être engendrée par une règle instituant une différence de traitement, mais qui retient un autre critère que celui du sexe. Le désavantage ne résulte dans ce cas pas du critère prévu par la norme de base, mais bien du fait que ce critère va s'appliquer différemment en raison des inégalités structurelles entre les sexes (exemple des normes instituant une différence de traitement entre les salariés à temps partiel et les salariés à temps plein). D'un autre côté, la discrimination indirecte peut résulter d'une norme ou d'une pratique qui ne prévoit aucune distinction de quelque sorte, mais qui, du fait de sa neutralité, ignore précisément une situation de fait inégalitaire et engendre un désavantage pour les individus d'un sexe (exemple d'une mesure prévoyant l'obligation d'être juré dans un procès pénal, qui n'établit certes aucun critère de distinction, mais qui ignore que cette obligation civique pèse de manière prédominante sur les hommes : CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c/ Malte*, n° 17209/02).

²²²² De ce point de vue, la sanction des discriminations indirectes pourrait être considérée comme une application du principe d'égalité, dans un sens *matériel*, étant donné que l'égalité matérielle est définie comme l'obligation de traiter de façon différente les individus ou les groupes d'individus placés dans des situations différentes (cf. *supra*). Une norme ou une pratique qui traite de façon identique des individus placés dans des situations différentes constituerait dès lors une discrimination indirecte. Ni les instruments juridiques antidiscriminatoires ni le raisonnement des juges ne font toutefois le lien entre égalité matérielle et discrimination indirecte.

²²²³ Sur ce point, le contentieux français n'offre pas d'exemple. Voir CJUE, 18 octobre 2017, *Ypourgos Esoterikon, Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton c/ Maria-Eleni Kalliri*, C-409/16. La Cour juge que les exigences de taille conditionnant l'entrée dans la police hellénique désavantagent majoritairement les femmes candidates, dans les faits majoritairement plus petites que les hommes, et constitue ainsi une discrimination indirecte non-justifiée. Pour un exemple étranger similaire, voir l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Dothard v. Rawlinson* (433 U.S. 321 (1977)).

²²²⁴ Voir le rapport de la HALDE, *Comparer les emplois : de nouvelles pistes vers l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 11 : « Parmi les nombreux facteurs d'inégalités salariales entre hommes et femmes, la pénalisation salariale des emplois à prédominance féminine, ou hypothèse d'*overcrowding*, explique que la concentration des femmes dans un faible nombre de professions provoque une tendance à la baisse de leurs rémunérations [...]. L'évaluation des emplois et la détermination des salaires sont marquées par des stéréotypes culturels et sociaux dominants sur le rôle et les fonctions des hommes et des femmes ».

place davantage les femmes à des emplois subalternes²²²⁵, comme les emplois d'assistant maternel, de secrétaire ou d'aide-soignant, faiblement rémunérés.

669. En tant qu'outil de l'égalité réelle, la notion de discrimination indirecte conduit à mettre en évidence et à « démanteler »²²²⁶, d'une part, la dimension structurelle des inégalités de genre²²²⁷ – le fait qu'elles reposent sur une répartition inégale et sexuée des rôles sociaux²²²⁸ – et, d'autre part, leur dimension systémique – le fait qu'une discrimination qui touche les femmes entraîne un autre phénomène discriminatoire qui les défavorise davantage²²²⁹. Cette dimension systémique apparaît, par exemple, lorsque la rémunération moins favorable des femmes – premier facteur de discrimination – conduit la plupart des couples à désigner ces dernières comme restant au foyer à l'arrivée du premier enfant ou à travailler à temps partiel – choix fondé sur la répartition traditionnelle des rôles sociaux assignant les femmes à la sphère privée –, ce qui entraîne le plus souvent pour elles une interruption de carrière désavantageuse en termes de salaire et de retraite – second facteur de discrimination.

670. La notion de discrimination indirecte s'éloigne donc d'une compréhension individuelle des discriminations pour saisir leur dimension collective, car elles ne résultent pas nécessairement d'une intention discriminatoire de la part d'un auteur déterminé, mais de mécanismes structurels perpétuant les inégalités de fait entre les sexes. Cette évolution marquerait en ce sens le passage d'une conception « subjective » à une conception « objective » des discriminations²²³⁰. En effet,

²²²⁵ LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2012, p. 731 : « Elle rend possible la lutte contre les stéréotypes [...] Par exemple, le fait que tel type d'emploi, plutôt exercé par l'un des sexes est moins (ou plus) valorisé dans l'entreprise ».

²²²⁶ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 1^{ère} édition, 2013, p. 188 : « Le concept de discrimination indirecte est capital dans la lutte contre les discriminations, notamment parce qu'il permet le dévoilement puis le démantèlement des occurrences de discrimination involontaires, structurelles, systémiques ».

²²²⁷ STURM Susan, « Second generation employment discrimination : a structural approach », *Columbia Law Review*, Vol. 101, p. 458.

²²²⁸ TOBLER Christa, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 28 : « Le concept de discrimination indirecte peut être considéré comme un outil pour faire apparaître et contester les causes sous-jacentes de la discrimination, qui sont souvent de nature structurelle (c'est-à-dire discrimination causée par exemple par des préjugés, des pratiques fondées sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de groupes de personnes particuliers ou sur des rôles stéréotypés) ».

²²²⁹ Si la notion de discrimination systémique n'apparaît pas en droit français et demeure peu employée par la doctrine française, la doctrine canadienne définit cette dimension systémique comme « l'enchaînement des facteurs qui a pour résultat l'exclusion ou la préférence d'un groupe donné dans l'exercice d'un droit » (GARON-AUDY Muriel, *Pour une approche intégrée de la discrimination systémique : convergences et contributions des sciences sociales et du droit*, Commission des droits de la personne du Québec, 1986, p. 207). Certains auteurs retiennent toutefois une définition plus large de la discrimination systémique, en l'assimilant à la dimension structurelle des discriminations : voir MERCAT-BRUNS Marie, « L'identification de la discrimination systémique », *RDT*, 2015, p. 672, reprenant la définition de Laurence Pécaut-Rivolier (*Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, 17 déc. 2013, p. 27) : « La discrimination systémique est une discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre. Cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs : les stéréotypes et préjugés sociaux ; la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories ; la sous-évaluation de certains emplois ; la recherche de la rentabilité économique à court terme. La particularité de la discrimination systémique étant qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. *A fortiori*, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories ».

²²³⁰ Note n° 2 du Groupe d'Étude et de Lutte contre les Discriminations (GELD), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, octobre 2000, p. 11.

pour certains auteurs, les discriminations indirectes relèvent moins d'une « attitude volontaire »²²³¹ entraînant une faute de la part d'un acteur, comme les pouvoirs publics ou les employeurs, que de la « responsabilité sans faute » fondée sur la « négligence » de ceux-ci ; une telle sanction incite dès lors ces acteurs à prendre en considération les « préjugés implicites » au fondement de leur décision²²³².

671. Toute la difficulté pour les juges est d'intégrer cette approche collective et non intentionnelle des discriminations dans le cadre contentieux, alors que ce dernier a traditionnellement été construit pour sanctionner des comportements discriminatoires individuels et intentionnels²²³³. Mais ces difficultés n'ont pas empêché la Cour de justice de l'Union européenne de développer considérablement la sanction des discriminations indirectes. De même, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation dans les années 2010 montre une intégration croissante de la notion de discrimination indirecte en droit français, conduisant à démanteler certaines inégalités structurelles désavantageant les femmes dans le domaine de l'emploi (A). La mesure de cette réalité sociale inégale implique de se départir du processus classique de comparaison et de mobiliser des moyens de preuve permettant de saisir la réalité sociale des inégalités, en particulier à travers le recours aux statistiques (B).

A. L'intégration en droit français de la notion de discrimination indirecte sous l'influence de l'Union européenne

672. Une fois encore, le droit de l'Union européenne est apparu précurseur du droit français en la matière²²³⁴. En effet, si les juges de la Cour de cassation n'ont condamné que récemment – explicitement depuis 2009 – des discriminations indirectes fondées sur le sexe, la Cour de justice de l'Union européenne a déjà, depuis les années 1970, élaboré une jurisprudence importante sur cette question.

673. **Les discriminations indirectes appréhendées par le droit européen.** Alors que le Traité de Rome adopté en 1957 ne faisait aucunement référence aux discriminations indirectes, ni pour le critère de la nationalité (anciens articles 7 et 48) ni pour celui du sexe en matière de

²²³¹ LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 731 : La notion de discrimination indirecte permet « de débusquer des discriminations discrètes, qui ne sont généralement pas le fruit d'une attitude volontaire, mais qui produisent des effets identiques ».

²²³² Voir l'opinion développée par David Oppenheimer (*in* MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 234).

²²³³ MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 268.

²²³⁴ Si la notion de discrimination indirecte fondée sur le sexe a été reconnue par d'autres instances au niveau international et européen, c'est assez tardivement et de façon assez restreinte : voir recommandation générale n° 25 du Comité CEDEF, note 1 ; CEDH, 6 janvier 2005, *Hoogendijk c/ Pays-Bas*, n° 58461/00.

rémunération (ancien article 119), la Cour de justice a joué un rôle majeur dans leur reconnaissance, d'abord dans le cadre de la libre circulation des travailleurs²²³⁵, puis, de façon encore implicite, dans le cadre des inégalités de rémunération entre les femmes et les hommes en 1972 dans l'affaire *Sabbatani*²²³⁶. Il était question, en l'espèce, de la conformité au principe de non-discrimination du refus d'une indemnité de dépaysement à une fonctionnaire européenne, au motif que celle-ci ne remplissait pas la qualité de « chef de famille » pour bénéficier d'une telle indemnité. Sans recourir à la notion de discrimination indirecte, la Cour de justice conclut néanmoins à la rupture de l'égalité de traitement, en considérant que, si l'expression « chef de famille » ne fait aucune distinction entre les sexes, les femmes sont toutefois exclues « effectivement » du bénéfice de l'indemnité car la qualité de chef de famille est attribuée juridiquement aux hommes. Sans le dire, la Cour remet ici en cause la répartition genrée des rôles sociaux au sein de la famille, alors encore prévue par le droit.

674. Après l'intégration dans le texte de la directive de 1976 de la notion de « discrimination indirecte »²²³⁷, la Cour de justice a peu à peu développé celle-ci, principalement dans le domaine de l'emploi, pour remettre cette fois-ci en cause des inégalités de fait. Dans l'affaire *Jenkins* de 1981, la Cour reconnaît ainsi que la mesure, *a priori* neutre quant au sexe, prise par un employeur, qui prévoyait une rémunération par heure de travail inférieure pour les salariés à temps partiel, peut constituer une discrimination indirecte, s'il est démontré qu'un pourcentage considérablement plus élevé de travailleurs féminins occupent des emplois à temps partiel. Les juges admettent ainsi les inégalités de fait touchant les femmes en matière de temps de travail²²³⁸, celles-ci occupant majoritairement les emplois à temps partiel pour être en mesure de remplir parallèlement le rôle social qui leur est assigné dans la sphère privée²²³⁹. La condition de la preuve de l'intention discriminatoire n'est abandonnée qu'à partir de l'affaire *Bilka* de 1986, dans laquelle la Cour se concentre davantage sur l'impact et sur la dimension collective du désavantage : elle juge que l'exclusion des salariés à temps partiel du bénéfice d'un régime de pension constitue une discrimination indirecte, dans l'hypothèse où cette mesure frappe dans les faits un nombre

²²³⁵ CJCE, 15 octobre 1969, *Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG contre Salvatore Ugliola*, C-15/69 ; CJCE, 12 février 1974, *Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost*, C-152/73.

²²³⁶ CJCE, 7 juin 1972, *Luisa Bertoni, épouse Sereno Sabbatini c/ Parlement européen*, C-20/71.

²²³⁷ Article 2-1 de la directive 76/207/CE du 9 février 1976 : « Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial ».

²²³⁸ CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins contre Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, C-96/80, point 13 : « L'inégalité de rémunération est contraire à l'article 119 du Traité lorsque compte tenu des difficultés que rencontrent les travailleurs féminins pour être en mesure d'effectuer ce nombre minimal d'heures par semaine, la pratique salariale de l'entreprise en question ne peut s'expliquer par des facteurs excluant une discrimination fondée sur le sexe ».

²²³⁹ La portée de cette décision connaît cependant des limites, d'une part, car la Cour de justice laisse ici à l'appréciation du juge national la qualification d'une telle discrimination et surtout, d'autre part, car elle prévoit que la discrimination indirecte ne peut être constituée que lorsqu'il y a intention discriminatoire de la part de l'employeur (affaire *Jenkins* précitée, point 15).

beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes²²⁴⁰. Bien que la Cour de justice ne s'attarde pas dans ces décisions sur « la finalité de la lutte contre les discriminations indirectes » et retienne un raisonnement plutôt « mécanique »²²⁴¹, sans faire mention d'un objectif de lutte contre la dimension structurelle des inégalités, il en ressort tout de même une condamnation des inégalités de fait subies par les femmes se trouvant dans des situations différentes, plus précaires, sur le marché du travail.

675. La solution ainsi dégagée en matière de travail à temps partiel²²⁴² a été le point de départ d'une série de décisions, dans lesquelles la Cour a qualifié de discriminations indirectes les pratiques des employeurs visant à faire dépendre la rémunération des salariés de critères tels que la flexibilité, la formation professionnelle ou l'ancienneté²²⁴³. La Cour affirme en effet que ces critères peuvent jouer au détriment des travailleurs féminins, car « en raison des tâches ménagères et familiales dont elles ont souvent la responsabilité »²²⁴⁴, elles peuvent moins aisément organiser leur temps de travail de façon souple, elles ont moins de possibilités d'acquérir une formation professionnelle et subissent plus fréquemment une interruption de carrière que les hommes. Elle admet donc que la discrimination indirecte a pour origine les inégalités structurelles reposant sur la division hiérarchique des rôles de genre. Pour les mêmes raisons, la Cour a jugé que la mesure visant à faire dépendre le niveau de protection contre le licenciement de l'ancienneté s'apparentait à une discrimination fondée sur le sexe²²⁴⁵. Dans l'affaire *Enderby*, les juges européens ont en outre affirmé que la différence de rémunération entre deux fonctions de valeur égale, dont l'une est exercée presque exclusivement par les femmes – orthophoniste – et l'autre principalement par les hommes – pharmacien – constituait une discrimination indirecte²²⁴⁶. La divergence des rémunérations indique la dévalorisation d'un emploi occupé majoritairement par les femmes, reposant sur une ségrégation professionnelle genrée. Conformément à la directive de 1975 sur l'égalité des rémunérations, il appartient donc aux États membres ainsi qu'aux employeurs et partenaires sociaux d'interroger la détermination de la rémunération fondée sur un système de

²²⁴⁰ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz*, C-170/84, points 29 et 31.

²²⁴¹ MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, op. cit., p. 252.

²²⁴² Cette position a été clairement réaffirmée par la Cour de justice, qui a condamné explicitement des mesures défavorisant les salariés à temps partiel sur le terrain de la discrimination indirecte fondée sur le sexe (CJCE, 27 juin 1990, *Maria Kowalska c/ Freie und Hansestadt Hamburg*, C-33/89 ; CJCE, 7 février 1991, *Helga Nimz c/ Freie und Hansestadt Hamburg*, C-184/89 ; CJCE, 6 décembre 2007, *Ursula Voss c/ Land Berlin*, C-300/06).

²²⁴³ CJCE, 17 octobre 1999, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, C-109/88.

²²⁴⁴ Affaire *Danfoss* précitée, point 21.

²²⁴⁵ CJCE, 9 février 1999, *Regina c/ Secretary of State for Employment ex parte: Nicole Seymour-Smith et Laura Perez*, C-167/97.

²²⁴⁶ CJCE, 17 octobre 1989, *Dr Pamela Mary Enderby c/ Frenchay Health Authority Secretary of State for Health*, C-109/88.

classification professionnelle²²⁴⁷, en prenant en considération qu'une telle classification peut reposer sur une ségrégation genrée potentiellement discriminatoire. En matière de protection sociale, la Cour considère également qu'une législation qui désavantage les salariés bénéficiaires du congé parental constitue une discrimination indirecte²²⁴⁸. Elle a ainsi pris acte du fait que les femmes, en raison de la répartition traditionnelle des rôles de genre, prennent majoritairement le congé parental et qu'elles sont donc davantage touchées par la mesure en cause que les hommes.

676. La jurisprudence de la Cour de justice a donc développé de façon importante le potentiel de la notion de discrimination indirecte fondée sur le sexe, en définissant celle-ci comme «l'application de dispositions qui maintiennent un traitement différent entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins en application de critères non fondés sur le sexe»²²⁴⁹. La discrimination indirecte a aussi été mobilisée, dans une certaine mesure, par le juge civil français pour remettre en cause des discriminations faites aux femmes, reposant sur des inégalités structurelles.

677. **Un outil utilisé par les juges français pour remettre en cause des inégalités structurelles.** Le législateur français a intégré la notion de discrimination indirecte, d'abord sans la définir dans deux textes²²⁵⁰, puis en transposant en partie la définition des directives européennes dans la loi du 27 juillet 2008²²⁵¹. Les juges français ont fait usage de cet outil, bien sa mobilisation demeure exceptionnelle. La Cour de cassation avait notamment déjà reconnu la notion de discrimination indirecte fondée sur le sexe dans une série d'affaires similaires débütée en 1995²²⁵², mais sans pour autant conclure à une telle qualification dans ces espèces²²⁵³. Le juge

²²⁴⁷ Article 1^{er} de la directive 75/117/CE du Conseil du 10 février 1975 : «Lorsqu'un système de classification professionnelle est utilisé pour la détermination des rémunérations, ce système doit être basé sur des critères communs aux travailleurs masculins et féminins et établi de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe».

²²⁴⁸ CJUE 20 juin 2013, *Nadežda Riežņiece c/ Latvijas Republikas Zemkopības ministrija, Lauku atbalsta dienests*, C-7/12. En l'espèce, étaient en cause les mesures d'évaluation de travailleurs dans le cadre de la suppression de postes de fonctionnaires en raison de difficultés économiques nationales, qui prévoyaient qu'un travailleur ayant pris un congé parental soit évalué en prenant en compte son absence, ce qui le plaçait dans une situation défavorable par rapport à un travailleur qui n'avait pas pris un tel congé.

²²⁴⁹ CJCE, 23 octobre 2003, *Hilde Schönheit c/ Stadt Frankfurt am Main* (C-4/02), et *Silvia Becker c/ Land Hessen* (C-5/02) (affaires jointes), point 67.

²²⁵⁰ Article 1^{er} de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, modifiant l'article L. 122-45 du Code du travail ; article 6-II-1° de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, modifiant l'article 6 bis alinéa 1 de la loi du 13 juillet 1983 : «Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe».

²²⁵¹ Article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : «Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés».

²²⁵² Voir pour la première affaire : Cass. crim., 10 janvier 1995, n° 94-81081.

²²⁵³ Dans ces espèces, des employeurs avaient été condamnés par les juges du fond pour non-respect de la règle du repos dominical. Ils ont mobilisé la notion de discrimination indirecte comme stratégie de défense, en cherchant à montrer que les dispositions législatives relatives au repos dominical constituaient une discrimination indirecte, car elles affectaient majoritairement les femmes. La Cour de cassation juge que si la disparité existe entre les sexes, elle est justifiée car le repos hebdomadaire constitue un avantage social dans l'intérêt des travailleurs masculins et féminins.

judiciaire²²⁵⁴ et le juge administratif²²⁵⁵ ont commencé à sanctionner des discriminations indirectes à partir des années 2000, d'abord dans des affaires concernant des motifs de discrimination autres que celui du sexe. Plus encore, le juge administratif n'a jamais condamné l'administration sur ce fondement. Quant au juge judiciaire, il a conclu à une discrimination indirecte en raison du sexe uniquement dans trois affaires portées devant la chambre sociale de la Cour de cassation²²⁵⁶, mettant en cause des désavantages résultant d'un côté de la ségrégation genrée des emplois et de l'autre de la répartition inégale du temps de travail entre les sexes.

678. Dans l'affaire *Mutualité sociale agricole (MSA)*, examinée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 juin 2012²²⁵⁷, le recours à la notion de discrimination indirecte met en évidence que certains désavantages subis par les femmes ont une origine structurelle, à savoir, en l'espèce, une répartition des emplois selon le sexe. En effet, l'affiliation à la caisse de retraite des cadres était refusée aux salariés de la MSA employés aux fonctions d'assistant de service social, lesquels salariés étaient majoritairement des femmes²²⁵⁸. Or, l'affiliation à la caisse de retraite était permise pour les personnels employés aux fonctions de contrôleurs et d'inspecteurs, principalement occupées par des hommes. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 juin 2010 conclut à une discrimination indirecte fondée sur le sexe sur le fondement du droit de l'Union européenne (article 141 Traité, directive 97/80/CE). Le pourvoi formé contre la décision des juges du fond est rejeté par la Cour de cassation, qui approuve la solution dégagée par ceux-ci. Une application de l'égalité formelle n'aurait pas pu aboutir à la reconnaissance d'une discrimination, puisque le critère du sexe n'était pas expressément contenu dans la mesure, qui distinguait seulement entre les contrôleurs et inspecteurs d'une part, et les assistants sociaux d'autre part. La discrimination n'était donc pas visible à première vue. Mais le désavantage subi – le refus d'affiliation – a pour origine une classification genrée des emplois, une « ségrégation

²²⁵⁴ La Cour de cassation a ainsi sanctionné en 2007 une discrimination indirecte fondée sur l'état de santé : Cass. soc., 9 janvier 2007, *Société Spor fabric*, n° 05-43962.

²²⁵⁵ Le Conseil d'État a remis en cause une discrimination indirecte fondée sur la nationalité en 2002, d'abord implicitement (CE, 22 septembre 1997, *Iorio*, n° 171903 ; CE, 13 mars 2002, *Courbage*, n° 209938), puis de façon plus explicite dans un arrêt du 18 octobre 2002, *Spaggiari*, n° 224804 : en l'espèce, la candidature de la requérante à un poste de professeur des universités avait été rejetée non pas directement sur le fondement de sa nationalité italienne, mais parce qu'elle ne remplissait pas la condition de l'exercice préalable de fonctions enseignantes dans une université française. Pour le Conseil d'État : « Considérant que les stipulations précitées du traité instituant la Communauté européenne doivent être interprétées comme interdisant non seulement les discriminations fondées sur la nationalité, mais encore toutes les autres formes de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat ». Il a également sanctionné une discrimination indirecte fondée sur le handicap : CE, 15 février 2016, *M. G.*, n° 387977.

²²⁵⁶ Cass. soc., 1er décembre 2009, n° 07-42.801 ; 6 juin 2012, n° 10-21489 ; 3 juillet 2012, n° 10-23.013.

²²⁵⁷ Cass. soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-21489, Gosselin Hervé, *Droit social*, 3 septembre 2012, p. 813 ; MINÉ Michel, *Revue de droit du travail*, 5 septembre 2012, p. 496.

²²⁵⁸ Les critères choisis par la Caisse de retraite AGIRC pour admettre l'affiliation étaient, d'une part, d'exercer des fonctions d'encadrement et, d'autre part, d'atteindre un certain seuil fixé au coefficient Parodi 300. Ces deux critères combinés avaient pour effet d'exclure la majorité du personnel employé en qualité d'assistant de service social.

horizontale », soulignant le caractère structurel de l'inégalité²²⁵⁹. La solution des juges conduit ainsi à remettre en cause la dévalorisation des emplois à prédominance féminine.

679. Par ailleurs, deux affaires examinées par la chambre sociale de la Cour de cassation, dans des arrêts du 1^{er} décembre 2009²²⁶⁰ et du 3 juillet 2012²²⁶¹, ont donné lieu à la reconnaissance de discriminations indirectes touchant des femmes employées à temps partiel, reprenant sur ce point la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne susmentionnée²²⁶². Dans la première affaire, la discrimination indirecte est constituée par la mesure refusant à des travailleurs à temps partiel de récupérer leurs jours de congé. Dans la seconde affaire, la discrimination indirecte résulte du refus opposé à une salariée à temps partiel de bénéficier d'une allocation de retraite supplémentaire, parce qu'elle n'a pas travaillé un minimum d'heures par trimestre pendant quinze ans. Dans les deux cas, les juges constatent, sur la base de preuves statistiques, que les femmes sont plus nombreuses à travailler à temps partiel, dans les organismes de sécurité sociale ou dans l'entreprise en question, et donc que les mesures en cause défavorisent indirectement et majoritairement les femmes. Là encore, la mobilisation de la notion de discrimination directe fondée sur le sexe n'aurait pu aboutir à la reconnaissance d'une discrimination, car le critère du temps travaillé par semestre est *a priori* neutre au regard du sexe. Cette solution permet de mettre en évidence le caractère systémique des discriminations : les femmes concilient davantage que les hommes la vie familiale et la vie professionnelle, au regard de la répartition genrée des rôles sociaux, sont plus nombreuses à exercer des emplois à temps partiel leur permettant de gérer une telle conciliation. La solution des juges conduit par conséquent, d'une part, à empêcher la dévalorisation de l'emploi à temps partiel à prédominance féminine, et d'autre part, à sanctionner une inégalité fondée sur la répartition différenciée des rôles sociaux entre les hommes et les femmes dans la société.

680. De plus, la Cour d'appel de Douai estime dans la première affaire que la circonstance que les salariés ont choisi de travailler à temps partiel est sans pertinence, car les femmes sont dans « une situation particulière [...] obligées de concilier le plus souvent une activité professionnelle avec les tâches importantes qu'elles doivent assumer à la maison et quant à l'éducation des

²²⁵⁹ MERCAT-BRUNS Marie, « La personne au prisme des discriminations indirectes », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2475.

²²⁶⁰ Cass. soc., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 07-42.801.

²²⁶¹ Cass. soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 10-23.013, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1895, LOCKIEC Pascal, PORTA Jérôme, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1026.

²²⁶² Une telle solution n'a pas été reprise par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans une affaire similaire ; en l'espèce, une différence de traitement existait entre, d'un côté, les salariés à temps partiel qui étaient sujets à une proratisation du plafond mensuel de la sécurité sociale et, de l'autre, les salariés étant en convention de forfait inférieur à 218 jours, qui n'étaient pas concernés par une telle proratisation. La Cour a refusé de transmettre la QPC en jugeant qu'une telle différence ne contrevenait pas « au principe d'égalité de droits entre l'homme et la femme » (Cass. 2^e civ., 11 juillet 2013, n° 13-40025).

enfants, ce qui les contraint en fait à demander à travailler à temps partiel »²²⁶³. Les juges prennent ici en compte le fait que les représentations des rôles de genre – en particulier le rôle des femmes comme gardiennes du foyer – orientent les salariées vers des emplois à temps partiel moins valorisés. Le travail à temps partiel est dès lors davantage *subi* que *choisi* par les femmes. L'idée d'un « choix » des salariées ne peut dès lors servir de justification à l'inégalité de traitement, car la notion de discrimination indirecte retenue par les juges vise justement à mettre au jour la dimension structurelle des discriminations, dimension qui échappe, précisément, aux individus.

681. Si la jurisprudence sanctionnant des discriminations indirectes fondées sur le sexe reste rare et localisée, elle a tout de même nécessité que le juge modifie son mode de raisonnement afin de sanctionner un traitement apparemment identique des hommes et des femmes placés dans les faits dans des situations différentes au regard des inégalités. Afin de rendre visible la réalité sociale de ces différences de situation, l'intégration de la notion de discrimination indirecte sur le plan contentieux a par ailleurs nécessité une évolution des règles relatives à la preuve des discriminations.

B. La preuve des discriminations indirectes impliquant de saisir la réalité sociale des inégalités

682. La sanction d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe par les juges implique – au regard du droit européen comme du droit français – que deux conditions soient remplies. Dans un premier temps, il s'agit pour le requérant de prouver que la norme ou la pratique entraîne dans les faits un désavantage particulier pour un sexe par rapport à l'autre. Cette première étape suppose donc une comparaison des situations de fait entre femmes et hommes, la disparité étant mesurée de manière quantitative, notamment par le biais de statistiques, conduisant à établir une discrimination « apparente ». Dans un second temps, pour que la discrimination indirecte soit constituée, l'auteur de la norme ou de la pratique ne doit pas être en mesure de justifier celle-ci par un but légitime et par des moyens proportionnés à ce but. Que ce soit en matière de discrimination indirecte ou directe, la charge de la preuve a été aménagée, d'abord par le droit de l'Union européenne²²⁶⁴, puis par le droit du travail et le droit administratif français sous

²²⁶³ CA Douai soc., 13 avril 2007, n° 05/02553.

²²⁶⁴ CJCE, 27 octobre 1993, *Dr. Pamela Mary Enderby contre Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*, C-127-92 ; article 4 de la directive 97/80/CE précitée : « Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement », repris par l'article 19 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006.

l'influence européenne²²⁶⁵, de sorte que celle-ci ne pèse pas uniquement sur la potentielle victime de discrimination²²⁶⁶.

683. L'appréhension des discriminations indirectes fondées sur le sexe nécessite donc, dans un premier temps, la prise en compte des inégalités de fait persistant entre les femmes et les hommes, afin que puissent être prouvés les effets discriminatoires d'une norme ou d'une pratique *a priori* neutre quant au sexe. La preuve de la discrimination indirecte se différencie donc de la preuve de la discrimination directe, puisque la seconde part du principe que les deux sexes sont placés dans des situations similaires, alors que la première implique de soutenir qu'hommes et femmes sont placés dans des situations différentes. Le juge doit être disposé à saisir la « réalité sociale » des inégalités, à adopter une approche concrète et non plus uniquement formelle de l'égalité. L'évolution du droit de la non-discrimination au regard des discriminations indirectes a sur ce point permis un renouvellement des règles de preuve, par l'assouplissement du processus de comparaison entre les situations (1) et par la mesure ou la quantification de cette réalité sociale inégalitaire, en particulier par l'utilisation de statistiques (2).

1) L'assouplissement du processus de comparaison pour saisir les inégalités de fait

684. Le processus classique de comparaison peut s'avérer un obstacle pour l'établissement d'une discrimination indirecte, car il présuppose une certaine similitude entre les situations des femmes et celles des hommes qui, par hypothèse, ne se vérifie pas dans les cas de discriminations indirectes : comment, dès lors, trouver des groupes comparatifs pertinents, alors que les discriminations indirectes résultent justement du fait qu'hommes et femmes ne sont pas placés dans des situations similaires ? C'est l'une des questions ayant conduit les juges à admettre un certain assouplissement du processus de comparaison qui a permis d'éviter de « priver d'effet utile la lutte contre les discriminations déguisées »²²⁶⁷.

685. **Les écueils du processus classique de comparaison.** La méthode traditionnelle de comparaison retenue par les juges pour établir une discrimination directe n'apparaît pas adaptée à l'établissement d'une discrimination indirecte : dans ce cas, hommes et femmes ne sont

²²⁶⁵ Cass. soc., 23 novembre 1999, n° 97-42940 ; article 5 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. Le Conseil d'État a reconnu explicitement cet aménagement de la charge de la preuve dans l'arrêt du 30 octobre 2009, *Perreux*, n° 298348, s'agissant d'une discrimination directe liée à l'appartenance syndicale.

²²⁶⁶ Il s'agit en somme, pour reprendre les termes employés par la Cour de justice « de ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations » (affaire *Enderby* précitée).

²²⁶⁷ LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 736.

précisément pas dans des situations comparables. Mais toute la difficulté tient à ce que l'établissement d'une discrimination suppose un minimum de degré de comparabilité.

686. La persistance de l'application du test de comparabilité a ainsi pu conduire la Cour de justice à refuser de sanctionner des discriminations indirectes, en raison de l'absence de situation comparable. Dans une affaire de 2004, la question était de savoir si le refus de prise en compte du congé parental dans le calcul d'indemnités de licenciement, alors que la législation en cause prenait en compte le congé dû au service militaire dans un tel calcul, constituait une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Les femmes apparaissaient en effet majoritairement désavantagées par ce mode de calcul par rapport aux hommes. Mais la Cour de justice refuse en l'espèce de sanctionner la discrimination indirecte, au motif que les individus qui bénéficient du congé parental et du congé pour service militaire ne sont pas dans les mêmes situations. Les juges insistent sur la différence de nature entre ces deux types de congés – l'un étant pris dans l'intérêt collectif de la défense de la nation et l'autre dans l'intérêt privé de la famille²²⁶⁸ – et particulièrement sur le caractère volontaire du congé parental, incomparable avec l'obligation civique que constitue le service militaire²²⁶⁹. La Cour nie ainsi que le congé parental, comme le congé pour service militaire, puisse servir un intérêt collectif, à savoir la prise en charge des enfants²²⁷⁰. Une telle solution revient à nier le contexte inégalitaire dans lequel sont conçus ces congés, fondés sur les rôles sociaux hiérarchisés, à savoir la dévolution de la défense armée aux hommes – ici davantage valorisée – et la prise en charge des enfants par les femmes. L'application du test de comparabilité classique par les juges aboutit, par conséquent, à empêcher la prise en compte des inégalités de fait structurelles entre les sexes, qui constitue pourtant tout l'intérêt de la notion de discrimination indirecte.

687. La difficulté pour les requérants tient encore à l'identification du groupe comparatif pertinent et du périmètre de comparaison, qui permettent de mettre en évidence la disparité de situation²²⁷¹. La Cour de justice considère en ce sens que la comparaison ne doit pas être effectuée entre des groupes composés « arbitrairement » par le requérant, « de façon à comprendre l'un essentiellement des femmes et l'autre essentiellement des hommes »²²⁷². En d'autres termes, la

²²⁶⁸ CJCE, 8 juin 2004, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten c/ Wirtschaftskammer Österreich*, C-220/02, point 64.

²²⁶⁹ Affaire *Österreichischer* précitée, points 60 et 61.

²²⁷⁰ TOBLER Christa, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 45 : « Si la Cour avait examiné les activités pour l'exercice desquelles les deux types de congés avaient été demandés, à la lumière de leur utilité dans la société dans son ensemble, elle aurait très bien pu arriver à une conclusion différente ».

²²⁷¹ MÖSCHEL Mathias, NIVARD Carole, « Discriminations indirectes et statistiques : entre potentialités et résistances », in HENNETTE-VAUCHEZ, MÖSCHEL Mathias, ROMAN Diane, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 88.

²²⁷² CJCE, 31 mai 1995, *Specialarbejderforbundet i Danmark c/ Dansk Industri, anciennement Industriens Arbejdsgivere, agissant pour Royal Copenhagen A/S*, C-400/93, point 36.

Cour n'admet pas que les requérants ne retiennent que les différences de fait qui les avantagent dans la preuve de la disparité, en manipulant en somme, dans leur intérêt, la composition des groupes comparés²²⁷³. L'enjeu, pour les requérants est de choisir un périmètre de comparaison ni trop restreint – qui empêcherait de montrer l'aspect « collectif » du désavantage – ni trop large : en effet, « plus le périmètre est large, plus la répartition déséquilibrée dans l'affectation des droits peut être expliquée par d'autres facteurs légitimes de différenciation »²²⁷⁴.

688. Le pouvoir discrétionnaire des juges, reconnu par la Cour de justice, dans l'appréciation du périmètre de comparaison – c'est-à-dire du « cercle de personnes incluses dans la comparaison »²²⁷⁵ – constitue de surcroît un obstacle à la reconnaissance des discriminations indirectes. Ainsi, dans l'affaire *Wippel* jugée par la Cour de justice en 2004, la requérante, embauchée à temps partiel, contestait que son employeur n'ait pas fixé les horaires et la durée limite de travail dans son contrat, alors que la loi et la convention collective l'imposaient pour les contrats à temps plein. Elle estimait ainsi que les femmes, majoritairement embauchées à temps partiel sur le plan national, étaient indirectement désavantagées par rapport aux salariés à temps plein, majoritairement des hommes. Mais la Cour considère en l'espèce que la discrimination indirecte n'est pas fondée, car dans le périmètre de comparaison restreint retenu par les juges – l'entreprise – il n'existe aucun travailleur à temps plein dont la situation est comparable à celle de la requérante²²⁷⁶. Le choix par les juges de l'entreprise comme périmètre de comparaison conduit donc ici à rendre impossible la preuve de la disparité²²⁷⁷.

689. La jurisprudence de la Cour de justice, ainsi que celle de la Cour de cassation, ont toutefois assoupli le test de comparaison des situations, afin d'admettre la comptabilité de situations non forcément similaires. Ces exemples montrent que le mode de raisonnement des juges prend en compte dans certaines configurations les inégalités de fait existant entre les sexes.

²²⁷³ La composition est par exemple considérée comme arbitraire lorsque, dans un groupe essentiellement composé de femmes, le requérant choisit, pour prouver une inégalité de rémunération entre les femmes et les hommes, de ne retenir qu'un sous-groupe différencié par les conditions de formation, et d'exclure l'autre sous-groupe qui présente le plus de similitudes, dans le domaine des conditions de formation, avec le groupe composé essentiellement d'hommes (affaire *Royal Copenhagen* précitée, point 37).

²²⁷⁴ MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 263.

²²⁷⁵ LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 734.

²²⁷⁶ CJCE, 12 octobre 2004, *Nicole Wippel c/ Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, C-313/02, points 61 et 62.

²²⁷⁷ Dans une affaire examinée par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 22 octobre 2014, la requérante, salariée contractuelle de la Poste, invoquait une discrimination indirecte fondée sur le sexe, ayant été exclue de certaines cotisations de retraite au vu de son contrat précaire. La Poste employait, selon elle, davantage de femmes en contrat précaire. Afin d'établir ce fait, la requérante a fait valoir que le désavantage significatif touchant les femmes ne pouvait être constaté qu'en retenant un périmètre de comparaison large, comparant la situation de l'ensemble des employés de la Poste, et pas seulement des salariés de droit privé (contractuels). Mais la Cour d'appel s'est bornée à examiner la proportion de femmes au sein des salariés de droit privé de la Poste, en excluant les autres catégories de personnels qui se trouvaient dans des situations trop différentes pour intégrer le test de comparabilité – ce que confirme la Cour de cassation. Les juges retiennent donc en l'espèce un périmètre de comparaison qui se révèle non-pertinent pour établir la discrimination indirecte (Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-16.936).

690. **L'évolution du processus de comparaison.** La sanction des discriminations indirectes nécessite une certaine «souplesse»²²⁷⁸ à la fois dans la détermination du périmètre de comparaison et dans l'appréciation des groupes comparés. En premier lieu, les juges ont pu se montrer enclins à élargir le périmètre de comparaison, ce qui a permis de faciliter la prise en compte de la dimension collective des discriminations indirectes²²⁷⁹. Les juges ont en second lieu assoupli le processus de comparabilité des groupes en admettant que les situations comparées ne soient pas strictement identiques. En matière de discrimination indirecte, il serait en effet « erroné de limiter la comparaison à des fonctions strictement identiques »²²⁸⁰, car la sanction de la discrimination indirecte implique précisément de constater qu'hommes et femmes ne sont pas placés dans des situations identiques au regard des inégalités. En matière d'égalité salariale, les juges ont dès lors admis, pour apprécier la règle « à travail égal, salaire égal », que la comparaison puisse s'effectuer entre des groupes exerçant des emplois de nature différente. Le Code du travail lui-même s'éloigne d'une conception stricte du « travail égal », puisqu'il énonce plusieurs critères permettant de comparer deux fonctions, comme les connaissances professionnelles consacrées par un titre, les diplômes ou la pratique professionnelle, les capacités découlant de l'expérience acquise, les responsabilités et la charge physique et nerveuse²²⁸¹. Le juge européen apprécie également la comparabilité entre deux emplois ou fonctions de manière souple, par rapport à un « faisceau d'éléments » comprenant notamment la « nature des activités effectivement confiées », « les conditions de formation exigées pour leur exercice et les conditions de travail dans lesquelles ces activités sont en réalité effectuées »²²⁸². Cet assouplissement a du reste été étendu hors du strict cadre de l'égalité des rémunérations, pour concerner les contentieux relatifs plus largement à l'égalité de traitement²²⁸³.

691. La Cour de justice a ainsi pu comparer des emplois différents, occupés les uns majoritairement par des femmes et les autres majoritairement par des hommes. Elle a par exemple jugé que se trouvaient dans des situations comparables les orthophonistes et les pharmaciens²²⁸⁴ ou encore les sages-femmes et les ingénieurs de clinique²²⁸⁵. La ségrégation genrée

²²⁷⁸ LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 735.

²²⁷⁹ Par exemple : CJCE, 13 janvier 2004, *Debra Allonby c/ Acredington & Rossendale College*, C-256/01, point 73. La requérante contestait une réglementation qui conditionnait l'affiliation à un régime de pension pour enseignant à l'emploi en contrat de travail, condition qui était satisfaite davantage par les hommes que par les femmes. Loin de retenir une simple comparaison entre les enseignants au sein de l'établissement dans lequel exerçait la requérante, la Cour estime que c'est en principe le champ d'application de la réglementation en cause « qui détermine le cercle des personnes susceptibles d'être incluses dans la comparaison », en l'occurrence un champ d'application national, favorable à la preuve de la discrimination indirecte en l'espèce.

²²⁸⁰ LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 736.

²²⁸¹ Article L. 3221-4 du Code du travail.

²²⁸² CJCE, 26 juin 2001, *Susanna Brunnhöfer c/ Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, C-381/99, point 48.

²²⁸³ CJCE, 6 avril 2000, *Birgitte Jørgensen c/ Foreningen af Speciallæger, Sygesikringens Forbundsudvalg*, C-226/98.

²²⁸⁴ Affaire *Enderby* précitée.

des emplois ne constitue pas dans ce cas un obstacle à la preuve des discriminations indirectes, mais elle est au contraire mise en évidence par la comparaison. Cet assouplissement dans la qualification d'un travail de valeur égale a été repris dans l'affaire *MSA* de 2012 pour constater *explicitement* une discrimination indirecte fondée sur le sexe²²⁸⁶. Les juges admettent dans cette affaire la comparabilité entre, d'un côté, les fonctions d'assistant social – occupées principalement par des femmes – et, de l'autre, les fonctions de contrôleur, d'inspecteur, d'agent d'animation et technicien, de conseil de prévention – exercées principalement par des hommes²²⁸⁷.

692. Enfin, outre l'assouplissement marqué du test de comparabilité, il apparaît que « la Cour de cassation s'éloigne de plus en plus de la nécessité absolue de comparabilité pour prouver la discrimination directe »²²⁸⁸. Dans un arrêt du 10 novembre 2009 relatif à une discrimination indirecte fondée sur l'appartenance syndicale, la chambre sociale affirme ainsi expressément que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés »²²⁸⁹. En matière de discrimination indirecte, la Cour admet ainsi que la comparaison n'est pas pertinente lorsque la situation d'un salarié est « totalement désavantageuse »²²⁹⁰, ce qui « rend la comparaison impossible »²²⁹¹.

693. L'assouplissement du processus de comparaison par les juges européens et français a par conséquent permis de s'émanciper pour partie de l'approche initiale des discriminations et de prendre en compte le fait que les femmes et les hommes ne sont pas dans des situations identiques du point de vue des inégalités. Or, sur le plan de la preuve, une telle prise en compte nécessite encore de prouver quantitativement l'impact de la mesure à la lueur de cette différence de situation, en somme, de mesurer la réalité sociale de l'effet défavorable fondé sur le sexe.

²²⁸⁵ CJCE, 30 mars 2000, *Jämställhetsombudsmannen c/ Örebro Läns Landsting*, C- 236/98.

²²⁸⁶ La Cour de cassation a admis dès 1997, sans faire mention encore de la notion de « discrimination indirecte », que l'inégalité salariale existant dans une entreprise de tri des champignons entre, d'une part, les manutentionnaires chargés du transport – majoritairement des hommes – et, d'autre part, les manutentionnaires triant les champignons – majoritairement des femmes – constituait une rupture de l'égalité des rémunérations. Les juges considèrent en effet qu'il n'est pas prouvé que ces fonctions ne sont pas de valeur égale, l'activité de tri des champignons exercée par les femmes étant aussi physiquement pénible que celle de transport (Cass. soc., 12 février 1997, *Société Usai Champignons*, n° 95-41694 et n° 95-41695).

²²⁸⁷ Les juges soulignent en particulier le « niveau de responsabilité comparable » entre ces deux types de fonctions, en insistant sur le rôle primordial du personnel social en milieu rural pour prendre en charge les personnes vulnérables (affaire *MSA* précitée).

²²⁸⁸ MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 261.

²²⁸⁹ Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 07-42849.

²²⁹⁰ Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-20765. La « salariée » était en l'espèce une femme d'origine cap-verdienne en situation irrégulière, exploitée comme employée de maison par un couple qui avait profité de la situation irrégulière de leur employée pour lui dénier ses droits légaux et conventionnels. La Cour estime que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ; qu'ayant relevé [...] la négation de ses droits légaux et conventionnels et une situation totalement désavantageuse par rapport à des employés de maison bénéficiaires de la législation du travail, la Cour d'appel, qui en a déduit que Mme Z... avait subi en raison de son origine une discrimination indirecte caractérisée, a légalement justifié sa décision de ce chef ».

²²⁹¹ MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 261.

2) L'outil statistique révélateur des inégalités structurelles

694. La preuve de la discrimination indirecte fondée sur le sexe s'attache non pas à la recherche d'une intention discriminatoire de la part d'un auteur – ce qui exclut la condamnation devant le juge pénal pour discrimination indirecte²²⁹² –, mais bien aux effets de la mesure. Or, pour prouver l'impact disparate de la mesure sur les femmes ou les hommes, il convient de mesurer quantitativement les inégalités de fait engendrées par elle entre les sexes. Pour ce faire, les juges requièrent majoritairement la preuve de la disparité par l'usage de statistiques, bien que ce mode de preuve ne soit pas exclusif.

695. **L'usage majoritaire de la statistique comme preuve de la discrimination indirecte fondée sur le sexe.** Le recours aux statistiques est un moyen efficace de prouver de tels désavantages, car il permet d'établir, grâce à des données quantitatives, que les groupes comparés – l'un désavantagé et l'autre avantagé – sont majoritairement composés d'individus de l'un ou l'autre sexe²²⁹³. Il permet alors de « rendre le problème visible, comme étant structurel et pas seulement comme la somme d'éléments distincts »²²⁹⁴.

696. Le recours aux statistiques est le moyen privilégié par les juges européens pour apporter la preuve d'une discrimination indirecte²²⁹⁵. Les données statistiques sont ainsi considérées comme un moyen de preuve suffisant pour établir une discrimination indirecte, comme le rappelle la Commission dans l'affaire *Seymour-Smith*²²⁹⁶. Dans l'affaire *Bilka* de 1986, la Cour de justice juge même qu'il y a présomption de discrimination indirecte fondée sur le sexe lorsqu'une « mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes »²²⁹⁷. Pour la Cour de justice, « la meilleure méthode de comparaison des statistiques consiste à comparer la proportion de

²²⁹² SOUVIGNET Xavier, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, p. 315 : « Les discriminations indirectes, contrairement aux discriminations directes, ne sont pas fondées sur un critère intentionnel [...]. On comprendra également qu'à ce titre les discriminations indirectes ne sauraient jouer en matière pénale » ; FORTIS Elisabeth, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJ Pénal*, 2008, p. 303 : « La loi du 27 mai 2008 n'opère aucun renvoi à l'article 225-1 du Code pénal des définitions des discriminations directe et indirecte comme elle le fait pour l'article L. 1132-1 du Code du travail [...]. Conformément au principe de la légalité des délits et des peines, il est impossible d'utiliser une disposition non expressément prévue par le texte incriminateur. On en conclut donc que la discrimination indirecte est difficilement applicable en matière pénale ».

²²⁹³ GARON-AUDY Muriel, *Pour une approche intégrée de la discrimination systémique : convergences et contributions des sciences sociales et du droit*, *op. cit.*, p. 240. Les statistiques permettent « la mise en évidence de la discrimination systémique comme réalité sociale complexe et historiquement constituée ».

²²⁹⁴ POST Robert, in MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 131.

²²⁹⁵ LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 731.

²²⁹⁶ 9 février 1999, *Regina contre Secretary of State for Employment, ex parte : Nicole Seymour-Smith et Laura Perez*, C-167-97, point 57 : « L'existence de statistiques significatives suffirait à établir une incidence disproportionnée et à imposer la charge de la preuve d'une justification à l'auteur de la mesure présumée discriminatoire ».

²²⁹⁷ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz*, C-170/84, point 31. En l'espèce, le juge admet que l'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime des pensions d'entreprise constitue *a priori* une discrimination indirecte, car il est rapporté qu'un « pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes » travaillent à temps plein (point 29). Voir également CJCE, 31 mars 1981, *J. P. Jenkins contre Kingsgate (Clothing Productions) L Td*, C-96/80.

travailleurs affectés par ladite différence de traitement, d'une part, au sein de la main-d'œuvre masculine et, d'autre part, au sein de la main-d'œuvre féminine»²²⁹⁸. Pour qu'une discrimination indirecte puisse être établie, les données chiffrées doivent traditionnellement montrer un écart « considérablement » élevé entre les groupes comparés²²⁹⁹. La Cour de justice a néanmoins admis que la disparité était établie lorsque les statistiques « révélaient un écart moins important mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins »²³⁰⁰. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, bien qu'elle ait pu admettre en 2001 que les statistiques n'étaient pas « en soi suffisantes pour révéler une pratique pouvant être qualifiée de discriminatoire »²³⁰¹, elle semble aujourd'hui également privilégier le recours aux statistiques comme moyen de preuve des discriminations indirectes²³⁰², même si sa jurisprudence en la matière est beaucoup moins développée que celle de la Cour de justice.

697. S'agissant du droit français, les statistiques sont également privilégiées, voire nécessaires, pour établir la preuve d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe – alors même que la jurisprudence européenne n'impose pas l'usage des statistiques²³⁰³. Ainsi, dans une affaire examinée par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 16 mars 1999, celle-ci reprend le raisonnement des juges du fond qui avaient jugé, pour débouter le requérant, que « les discriminations qui résulteraient de la forte proportion de femmes employées dans les activités commerciales fonctionnant le dimanche reposent sur un postulat nullement démontré par des

²²⁹⁸ CJCE, 6 décembre 2007, *Ursula Voss contre Land Berlin*, C-300-06, point 41. Ainsi, « si les données statistiques disponibles indiquent que le pourcentage de travailleurs à temps partiel au sein du groupe des travailleurs féminins est considérablement plus élevé que le pourcentage de travailleurs à temps partiel au sein du groupe des travailleurs masculins, il y aura lieu de considérer qu'une telle situation révèle une apparence de discrimination fondée sur le sexe » (point 42)

²²⁹⁹ CJCE, 13 juillet 1989, *Ingrid Rinner-Kuehn contre FWW Spezial-Gebaendereinigung GmbH & Co.KG.*, C-171-88.

²³⁰⁰ Dans l'affaire *Seymour-Smith* de 1999, la question était de savoir si la législation qui imposait une condition de deux années d'emplois pour pouvoir obtenir une indemnité lors d'un licenciement abusif, constituait ou non une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Dans un premier temps, la Cour a considéré que les statistiques présentées, à savoir que 77,4 % des travailleurs masculins et 68,9 % des travailleurs féminins remplissant cette condition de deux ans, ne permettaient pas de révéler un écart suffisant pour qualifier la discrimination indirecte. Mais la jurisprudence de la Cour a assoupli dans un second temps cette condition pour admettre que la discrimination indirecte pouvait être établie si les statistiques « révélaient un écart moins important mais persistant et relativement constant » (CJCE, 9 février 1999, *Regina contre Secretary of State for Employment, ex parte : Nicole Seymour-Smith et Laura Perez*, C-167-97).

²³⁰¹ CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan contre Royaume-Uni*, n° 24746/94, point 154.

²³⁰² CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami contre Malte*, requête n° 17209/02, point 77 : « La Cour est frappée par le fait qu'en 1996 5 femmes et 174 hommes ont servi en qualité de juré. Pour la Cour, ces chiffres montrent que l'obligation civique du service de jury pèse de manière prédominante sur les hommes. Dès lors, il existe une différence de traitement entre deux groupes – les hommes et les femmes – qui, en ce qui concerne cette obligation, se trouvaient dans une situation similaire » (voir également, s'agissant des discriminations commises à l'encontre de la communauté rom : CEDH, 13 novembre 2007, *DH et autres contre République tchèque*, requête n° 57325/00, point 187).

²³⁰³ CJCE, 27 octobre 1993, *Dr Pamela Mary Enderby et Frenchay Health Authority Secretary of State for Health*, C-127/92, point 17 : « Il appartient au juge national d'apprécier s'il peut prendre en compte ces données statistiques, c'est-à-dire si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives ».

données statistiques»²³⁰⁴. Le juge semble dans ce cas rendre nécessaire de rapporter la preuve statistique pour établir une discrimination indirecte, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. D'ailleurs, dans deux des trois affaires dans lesquelles le juge a sanctionné une discrimination indirecte fondée sur le sexe, les requérants apportent la preuve du désavantage au moyen de statistiques. En effet, dans des arrêts du 1^{er} décembre 2009²³⁰⁵ et du 3 juillet 2012²³⁰⁶, la chambre sociale de la Cour de cassation donne raison aux juges du fond qui ont constaté, sur la base de preuves statistiques, que les femmes étaient plus nombreuses à travailler à temps partiel, dans les organismes de sécurité sociale ou dans l'entreprise en question, et donc que les diverses mesures en cause défavorisaient indirectement et majoritairement les femmes.

698. Toutefois, si la preuve statistique est privilégiée en matière de preuve de la discrimination indirecte fondée sur le sexe, elle n'est pas forcément toujours nécessaire pour établir une discrimination indirecte.

699. **L'outil statistique non exclusif.** À partir des années 2000, le droit de l'Union européenne a évolué s'agissant de la prise en compte des statistiques comme moyen de preuve des discriminations indirectes. Si celles-ci se révèlent particulièrement adaptées en matière de preuve des discriminations indirectes fondées sur le sexe (la mention du sexe à l'état civil et dans les documents administratifs permettant de comptabiliser facilement les hommes et les femmes), elles le sont beaucoup moins s'agissant de la preuve des discriminations indirectes fondées sur l'orientation sexuelle, le handicap ou l'origine et la race. Les statistiques concernant ces motifs de discrimination sont en effet inexistantes (handicap, orientation sexuelle) ou expressément interdites en France (race)²³⁰⁷. Les directives européennes de 2000, qui dressent un cadre juridique d'interdiction de ces discriminations, énoncent d'ailleurs que la discrimination indirecte fondée

²³⁰⁴ Cass. crim., 16 mars 1999, n° 98-80879. Voir plus récemment : CA Paris, 15 novembre 2017 (S 16/06547) : en l'espèce, la requérante faisait valoir que la pratique de la sous-traitance pour le nettoyage des chambres était constitutive d'une discrimination indirecte dès lors que cette pratique entraînait des désavantages particuliers pour la population essentiellement féminine et d'origine étrangère que constituent les femmes de chambre et les gouvernantes, par rapport aux employés de même catégorie de l'hôtel. La Cour d'appel refuse néanmoins de conclure à une discrimination indirecte – et encore moins à une discrimination intersectionnelle touchant les femmes étrangères – en l'absence de preuve corroborant ces allégations.

²³⁰⁵ Cass. soc., 1er décembre 2009, pourvoi n° 07-42801 : « La Cour constate que les travailleurs à temps partiel sont de sexe féminin dans des proportions moyennes de 94 % tandis que, pour les emplois à temps plein, cette proportion n'est que de 71 % ; que la différence de traitement dont sont victimes les travailleurs à temps partiel, constitués d'un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes, est présumée être une discrimination fondée sur le sexe ».

²³⁰⁶ Cass. soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 10-23013 : « La Cour d'appel a relevé d'une part, que parmi les sept entités relevant du régime de retraite complémentaire, seul le GIE PMH employait un nombre significatif de travailleurs à temps partiel, et d'autre part, qu'au sein de cette structure, la part des travailleurs féminins à temps partiel par rapport au total des travailleurs féminins (81,45 %) était plus élevée que celle des hommes à temps partiel par rapport au total des travailleurs masculins (40 %) ; [...] que l'article 21 de ses statuts constituait une violation du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins sous la forme d'une discrimination indirecte à l'encontre des femmes ».

²³⁰⁷ Cons. constit., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, cons. 29 : « Si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ».

sur l'un de ces critères est constituée lorsque la pratique ou la mesure apparemment neutre est « susceptible » d'entraîner un désavantage particulier²³⁰⁸. Ainsi, il n'est plus nécessaire de prouver l'existence réelle d'une disparité, à l'aide de statistiques, mais simplement de montrer qu'une disposition « est susceptible, par sa nature même »²³⁰⁹, d'affecter davantage une catégorie plutôt qu'une autre²³¹⁰. La pratique ou la mesure contient dans ce cas ce que Marie Mercat-Bruns appelle un « effet discriminatoire détectable », qui rend inutile la production de statistiques : par exemple, un avantage calculé sur la base de l'ancienneté ou de l'expérience favorise forcément les travailleurs plus âgés, et désavantage dès lors les plus jeunes²³¹¹.

700. Mais cette mise à l'écart de l'outil statistique ne concerne pas uniquement ces motifs de discrimination ; le droit de l'Union européenne a en effet mis « fin à l'exclusivité de la preuve statistique » aussi en matière de discriminations fondées sur le sexe²³¹². La directive du 23 septembre 2004 relative à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes énonce ainsi que « la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques »²³¹³. Parmi ces autres moyens, la Cour de justice admet, premièrement, que la preuve de l'inégalité de fait peut reposer sur des « connaissances communes »²³¹⁴, sans qu'il soit besoin de rapporter des statistiques précises. Ainsi, dans l'affaire *Kachelmann* de 2000, pour prouver une discrimination indirecte visant les femmes travaillant majoritairement à temps partiel, la Cour admet simplement « qu'il est constant que, en Allemagne, les travailleurs à temps partiel sont beaucoup plus souvent des femmes que des hommes »²³¹⁵. Deuxièmement, la Cour de justice admet que le recours aux statistiques n'est pas nécessaire pour prouver une discrimination indirecte fondée sur le sexe, lorsque celle-ci repose sur de « faits manifestes »²³¹⁶. Il n'est pas indispensable de prouver l'inégalité de fait à l'aide de statistiques, lorsque la mesure contient « en

²³⁰⁸ Article 2-2 b) des directives 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

²³⁰⁹ CJCE, 27 novembre 1997, *H. contre Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-57-96, point 45.

²³¹⁰ C'est le cas, par exemple, lorsqu'une mesure conditionne un avantage à une condition de résidence, qui, par sa nature même, « est plus facilement remplie par des travailleurs nationaux que par ceux d'un autre État membre » (arrêt *Meints* précité, point 46). La nature discriminatoire de la mesure est dès lors suffisante pour prouver la discrimination indirecte, ici, fondée sur la nationalité.

²³¹¹ MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 259.

²³¹² SWEENEY Morgan, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, soutenue le 6 décembre 2010, p. 331.

²³¹³ Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, point 10.

²³¹⁴ TOBLER Christa, *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 46.

²³¹⁵ CJCE, 26 septembre 2000, *Bärbel Kachelmann contre Bankhaus Hermann Lampe KG*, C-322-98, point 24.

²³¹⁶ TOBLER Christa, *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, *Rapport de la Commission européenne*, *op. cit.*, p. 46.

elle-même» un critère neutre quant au sexe mais qui, à la lumière d'une autre disposition, désavantage manifestement un sexe plutôt qu'un autre²³¹⁷.

701. On aurait pu penser que ce dernier cas de figure pourrait trouver à s'appliquer aux mesures désavantagant les personnes enceintes, lesquelles visent indirectement, mais de façon manifeste, les femmes. La Cour de justice a toutefois estimé que de telles mesures constituaient non pas des discriminations indirectes, mais bien des discriminations directes fondées sur le sexe²³¹⁸. Dans le même sens, la jurisprudence de la Cour définit désormais comme discriminations directes des mesures ou pratiques qui désavantagent *exclusivement*, mais de façon indirecte, la catégorie des femmes. Par exemple, dans l'affaire *Nikoloudi* de 2005, le juge n'a pas considéré comme discriminatoire une première disposition qui réservait aux seules techniciennes de surface (et partant aux seules femmes) l'embauche pour un contrat à temps partiel. En revanche, la seconde mesure qui désavantageait les travailleurs à temps partiel constituait bien une discrimination directe car, bien qu'elle ne visait qu'indirectement les femmes, une telle inégalité était *manifestement* issue de la première disposition²³¹⁹. Par conséquent, une disposition qui désavantage « manifestement » les femmes tend aujourd'hui à être considérée davantage comme une discrimination directe fondée sur le sexe par la Cour de justice²³²⁰. La Cour de justice a ainsi étendu la notion de discrimination directe, qui inclut désormais les mesures formellement neutres mais qui ont des effets exclusivement sur un seul groupe, alors que la discrimination indirecte est constituée lorsque la mesure apparemment neutre atteint de façon importante, mais non exclusive, les individus d'un sexe plutôt qu'un autre. Il semble donc que la preuve des discriminations indirectes par des « faits manifestes » perde du terrain, au profit de l'extension de la notion de « discrimination directe ».

702. Les juges judiciaires français ont également pu reconnaître l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, alors même que le requérant n'avait produit aucune

²³¹⁷ CJCE, 7 décembre 2000, *Julia Schnorbus contre Land Hessen*, C-79/99, point 38. Il n'est « pas nécessaire, en l'espèce d'analyser les conséquences concrètes [de la législation]; il suffit en effet de constater que, en accordant une priorité aux candidats qui ont effectué un service militaire ou un service civil obligatoire, les dispositions litigieuses relèvent en elles-mêmes une discrimination indirecte dès lors qu'en vertu du droit national applicable les femmes ne sont pas soumises à l'obligation de service militaire et ne peuvent donc bénéficier de la priorité prévue par les dispositions susmentionnées ».

²³¹⁸ CJCE, 8 novembre 1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contre Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, C-177/88.

²³¹⁹ CJCE, 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi contre Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, C-196/02, point 40.

²³²⁰ La même solution a été retenue par la Cour de justice en matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, s'agissant d'une réglementation relative au partenariat enregistré qui prévoyait que le partenaire survivant ne percevait pas une prestation de survie équivalente à celle des époux. Une telle mesure, bien qu'elle ne fasse pas directement référence à l'orientation sexuelle, désavantageait *exclusivement* les partenaires de même sexe qui ne pouvaient pas se marier et constituait, dès lors, une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle (CJCE, 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, point 73).

donnée statistique à l'appui de sa demande²³²¹. Le droit français n'exige du reste pas nécessairement la preuve de la réalité du désavantage, la définition de la discrimination indirecte prévue par la loi de 2008 renvoyant à une mesure « susceptible » d'entraîner un désavantage particulier²³²², ce qui n'a pas d'ailleurs été sans susciter des critiques de la part de certains parlementaires, craignant une définition trop large de la discrimination²³²³.

703. Il faut enfin souligner que les statistiques peuvent s'avérer un outil contesté en raison de leur potentiel défaut de fiabilité, et de leur caractère manipulable. En effet, la « réalité sociale » des inégalités n'existe pas en tant que telle ; les chiffres et les pourcentages leur donnent une substance quantifiée. Or, les données sociales ou les analyses statistiques qui construisent et modèlent cette réalité sont elles-mêmes produites et utilisées par des acteurs situés – comme les requérants –, elles n'ont donc pas « de valeur générale en dehors de la sphère d'argumentation où elles sont utilisées »²³²⁴. Les juges peuvent par conséquent se montrer méfiants à l'égard de l'usage de données qui seront mobilisées uniquement dans le sens d'une issue favorable au requérant. Pour la Cour de justice, la disparité résultant des statistiques ne doit pas être « l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels » et doit « d'une manière générale, appara[ître] significatives »²³²⁵. De même, pour la Cour européenne des droits de l'homme²³²⁶, comme pour le Conseil d'État²³²⁷, les statistiques produites doivent ainsi être « fiables et significatives » pour pouvoir constituer la preuve d'un désavantage. Or, l'exigence de production de statistiques fiables et significatives peut s'avérer un obstacle pour les requérants : ces données sont compliquées à

²³²¹ Cass. soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-21489. Dans l'affaire *MSA*, les requérantes, sans mobiliser aucune donnée statistique, font seulement valoir « que les assistantes du service social, déléguées à la tutelle et conseillères en économie sociale et familiale de la filière MSA sont presque exclusivement des femmes, en soulignant que la condition même pour exercer le métier d'assistante sociale de la MSA était jusqu'à un procès engagé en 1960 d'être précisément une femme avec cette circonstance d'être privée du droit de se marier, que le corps des assistantes sociales est resté féminin depuis ». Pour le juge, la disparité est suffisamment manifeste dans les faits pour que la preuve de la discrimination indirecte soit établie.

²³²² LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 741 : « Le fait que la loi du 27 mai 2008 condamne les dispositions, critères ou pratiques neutres en apparence "susceptibles" d'entraîner un désavantage particulier pourrait contribuer à élargir la cible des victimes qui n'auront donc pas à établir la réalité d'une défaveur ».

²³²³ DINI Muguette, Rapport n° 253 précité, p. 12 : « L'expression "susceptible d'entraîner", dans la définition de la discrimination indirecte, donne une marge d'appréciation au juge qui contredit l'impératif de sécurité juridique invoqué par la Commission européenne : une personne pourrait être condamnée pour avoir instauré "une disposition, un critère, une pratique" qui ne crée pas de discriminations mais qui est, selon le juge, "susceptible" de le faire ».

²³²⁴ GARON-AUDY Muriel, *Pour une approche intégrée de la discrimination systémique : convergences et contributions des sciences sociales et du droit*, *op. cit.*, p. 206.

²³²⁵ CJCE, 28 février 2013, *Margaret Kenny et autres contre Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance et Commissioner of An Garda Síochána*, C-427/11, point 45.

²³²⁶ Affaire *DH c/ République tchèque* précitée, point 188 : « La Cour estime que, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant ».

²³²⁷ CE, 16 octobre 2017, n° 383459, s'agissant de la preuve d'une discrimination fondée sur l'âge. Si le juge admet que les statistiques puissent en principe servir d'éléments de preuve permettant de laisser présumer l'existence d'une discrimination, les statistiques produites en l'espèce par le requérant ne s'avèrent pas assez significatives pour prouver que les candidats de plus de 35 ans ne sont majoritairement pas admis au concours des ingénieurs des ponts, des eaux et des forêts.

obtenir, car il faut la plupart du temps l'aide d'un tiers pour ce faire (le comité d'entreprise, les organisations syndicales ou des agences spécialisées)²³²⁸.

704. Bien que les données statistiques ne soient pas un outil exclusif pour la preuve des disparités de fait, elles demeurent tout de même privilégiées par les juges en matière de discrimination indirecte fondée sur le sexe. L'usage des données sociologiques comme preuves quantitatives des inégalités, à l'instar de l'assouplissement du processus de comparabilité des situations, montre que les juges européens et le juge judiciaire se sont montrés aptes à adopter une approche contextuelle et collective des discriminations, permettant de faire évoluer le droit de la non-discrimination vers une approche concrète et non plus uniquement formelle du principe d'égalité des sexes. Il ne s'agit pourtant pas de nier qu'un tel renouvellement dans l'approche des discriminations s'est heurté à certaines critiques et certaines réticences, notamment en raison de la volonté de certains acteurs – parlementaires et juges – de préserver une approche formelle du principe d'égalité et des discriminations.

II. Les limites à la reconnaissance des discriminations indirectes sur le terrain contentieux

705. Si les jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et de la chambre sociale de la Cour de cassation ont montré qu'il était possible pour les juges d'appréhender – ponctuellement en droit français – la notion de discrimination indirecte pour remédier aux inégalités structurelles entre les femmes et les hommes, des limites subsistent néanmoins quant à sa mobilisation sur le terrain contentieux. L'on peut en effet émettre des doutes quant à la disposition des juridictions, en particulier françaises, à engager « une transformation structurelle » pour atteindre « l'égalité concrète, substantielle » à travers le recours au concept de discrimination indirecte, à être, plus généralement « moteur de changement »²³²⁹. Ce « scepticisme ambiant »²³³⁰ à l'encontre de la notion de discrimination indirecte se manifeste, tant à travers l'admission par les

²³²⁸ LANQUETIN Marie-Thérèse, « La charge de la preuve dans les cas de discrimination : les femmes, les syndicats et bientôt les étrangers », *Plein droit*, n° 41-42, avril 1999. Ainsi, dans l'affaire jugée par la Cour de cassation en 2014 relative à la salariée de La Poste, celle-ci souhaitait prouver que les femmes employées à La Poste étaient davantage employées en contrats précaires que les hommes. Elle a ainsi produit comme mode de preuve des statistiques publiées dans les bilans sociaux annuels de La Poste, mais celles-ci n'ont pas permis de démontrer l'existence d'une disparité, car elles montraient justement que les femmes étaient davantage employées en contrat à durée indéterminée qu'en contrat à durée déterminée, et davantage en contrat à temps complet qu'en contrat à temps partiel. Les statistiques n'ont pas été utilisées afin de comparer la répartition des emplois précaires/et non précaires entre les femmes et les hommes, ce qui aurait été plus peut-être plus pertinent pour prouver une disparité entre les sexes. Pour les juges, les statistiques produites par la requérante n'ont dès lors pas suffi à prouver la discrimination. Il apparaît en l'espèce compliqué pour la requérante d'utiliser de façon pertinente des statistiques fiables pour prouver une discrimination indirecte (Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-16.936).

²³²⁹ SUK Julie, in MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 237.

²³³⁰ LANQUETIN Marie-Thérèse, « La charge de la preuve dans les cas de discrimination : les femmes, les syndicats et bientôt les étrangers », *op. cit.*

juges de nombreuses justifications faisant obstacle à la qualification de discrimination indirecte (A), qu'à travers la persistance d'une acception formelle du principe d'égalité dans le raisonnement du juge administratif français (B).

A. Des différences de traitement indirectes facilement justifiées

706. L'aménagement de la charge de la preuve prévue en matière de discrimination indirecte n'est pas nécessairement favorable aux requérants ayant rapporté la preuve d'un désavantage particulier : en effet, les juges admettent en pratique volontiers les justifications apportées par les auteurs des mesures en cause. L'idée sous-jacente est que l'objectif de lutte contre la dimension structurelle des inégalités, potentiellement très étendues, ne saurait venir entraver de façon trop importante les intérêts des entreprises ou encore les politiques sociales étatiques.

707. **La justification par l'auteur de la mesure comme garde-fou au vaste potentiel de la discrimination indirecte.** La preuve du désavantage particulier ne constitue que la première étape pour le requérant qui s'estime victime d'une discrimination indirecte. En effet, une fois celle-ci établie, la qualification de la discrimination indirecte nécessite encore l'absence de justification objective de la part de l'auteur de la norme ou de la pratique qui a entraîné un tel désavantage. Les justifications retenues en droit français par la loi de 2008²³³¹ rejoignent ici exactement celles du droit de l'Union européenne²³³² : elles doivent poursuivre un objectif légitime étranger à toute discrimination, par des moyens respectant le principe de proportionnalité comprenant la nécessité et l'adéquation de la mesure en cause²³³³. La preuve de la discrimination indirecte est de ce point de vue plus difficile à rapporter pour le requérant que celle de la discrimination directe, car concernant cette dernière, aucune raison ne peut – à l'exception des justifications *numerus clausus*²³³⁴ – justifier la différence de traitement fondée sur le sexe comme motif prohibé. En somme, il est plus aisé pour le défendeur d'écarter la qualification d'une discrimination indirecte que d'une discrimination directe, car la justification de la mesure est rendue possible²³³⁵.

²³³¹ L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 dispose que la discrimination indirecte est constituée par une disposition ou une pratique qui entraîne un désavantage particulier dans ses effets, « à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

²³³² Article 2-1-b) de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006.

²³³³ CJCE, 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi contre Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, C-196/02, point 48.

²³³⁴ TOBLER Christa, *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 36 : « La justification objective a été pendant longtemps un élément traditionnel du concept de discrimination indirecte. En règle générale, cette justification ne concerne pas les cas de discrimination directe, à l'exception de quelques cas où une directive prescrit explicitement le contraire [...]. Elles comprennent également la discrimination fondée sur le sexe, bien que seulement en rapport avec les biens et services (article 4, paragraphe 5, de la directive sur les biens et services) ».

²³³⁵ Voir sur ce point le raisonnement de l'avocate générale Juliane Kokott dans ses conclusions dans l'affaire *Samira Achbita* (CJUE, 14 mars 2017, C-157/15), relative à l'interdiction du port du foulard par une salariée de confession musulmane, point 40 :

708. L'admission d'une telle possibilité de justification peut être expliquée par la volonté de préserver les intérêts des auteurs des mesures désavantageuses – État ou employeurs –, parfois au détriment la lutte contre les inégalités. Surtout, une telle protection des défendeurs est liée à la crainte suscitée par le champ d'action potentiellement très vaste de la discrimination indirecte fondée sur le sexe : « Le législateur ou les juges sembleraient ainsi craindre un effet “boîte de Pandore” s'agissant de discriminations affectant la moitié de l'humanité et aisément démontrables »²³³⁶. En ce sens, toute norme ou pratique, puisqu'agissant dans un contexte d'inégalités structurelles, pourraient potentiellement être lue comme conduisant à désavantager dans les faits un sexe plutôt que l'autre sexe. Selon Xavier Souvignet, le concept de discrimination indirecte obligerait ainsi nécessairement à envisager le caractère toujours provisoire « de l'affirmation suivant laquelle telle mesure est compatible ou non avec l'interdiction de la discrimination indirecte », faisant peser « sur la règle qui “*de jure*” est irréprochable, une obligation de performance, certes non économique, mais sociale »²³³⁷. En raison précisément de la persistance de la dimension structurelle, omniprésente, des inégalités entre les femmes et les hommes, les discriminations indirectes peuvent en effet concerner une multitude d'énoncés normatifs et de critères, qui, bien que neutres en apparence, pourront être analysés comme ayant un impact différencié selon le sexe en matière de rémunération, de sélection, de licenciement, d'octroi de prestations sociales²³³⁸. Par exemple, les réformes concernant l'âge de départ à la retraite, guidées par un objectif d'allègement de la charge financière représentée par les pensions, ont automatiquement un impact négatif davantage sur les femmes que sur les hommes, « dans la mesure où celles-ci travaillent et cotisent généralement moins que les hommes en raison de

« La portée juridique de la délimitation opérée entre discrimination directe et discrimination indirecte réside, avant tout, dans des possibilités de justification différentes lorsque l'inégalité de traitement en cause est liée directement ou lorsqu'elle est liée indirectement à la religion. Plus précisément, les finalités éventuelles qui peuvent être invoquées pour justifier une inégalité de traitement directement fondée sur la religion présentent un éventail moins large que celles qui permettent de justifier une inégalité de traitement indirecte ». L'avocate générale prône la reconnaissance d'une discrimination indirecte en l'espèce (point 57), ce qui permet d'avancer un éventail plus large de justifications. La Cour va dans ce sens, en retenant l'existence d'un « objectif légitime » justifiant le licenciement de la salariée voilée, à savoir « la volonté [pour l'entreprise] d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse », à la condition que la mesure s'applique aux salariés directement en relation avec les clients. En revanche, lorsque l'exigence de neutralité religieuse résulte d'un « ordre oral donné à une salariée et visant un signe religieux déterminé », la mesure est alors constitutive d'une discrimination directe qui ne saurait être justifiée, de façon limitative, que par une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » (voir Cass. soc., 22 novembre 2017, n° 13-19855).

²³³⁶ MÖSCHEL Mathias, NIVARD Carole, « Discriminations indirectes et statistiques : entre potentialités et résistances », *op. cit.*, p. 88.

²³³⁷ SOUVIGNET Xavier, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *op. cit.*, p. 315.

²³³⁸ LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 741 : « La notion de rémunération étant entendue dans un sens très large au point d'englober, parmi de nombreux exemples, les indemnités octroyées au travailleur à l'occasion de la cessation de la relation de travail (ce qui pourrait donner des idées aux “assistants maternels” privés des dispositions du Code du travail sur la rupture du contrat de travail), les œuvres sociales du comité d'entreprise, les avantages divers en direction des salariés retraités, les prestations sociales statutaires de l'entreprise, la créativité des plaideurs se satisfera d'un vaste terrain de jeu ».

prestations à temps partiel et d'interruptions de carrière plus fréquentes»²³³⁹. Afin de contrer cet effet potentiellement neutralisant du mécanisme de discrimination indirecte, l'auteur de la mesure en cause peut justifier celle-ci par des motifs étrangers à la discrimination, par exemple, par un objectif de politique budgétaire en matière de retraite.

709. Il est ainsi davantage admis que puissent persister des inégalités de fait entre les sexes, qui ne sont pas toujours qualifiées de discriminations indirectes, contrairement aux traitements défavorables contenus au sein des énoncés normatifs ou des pratiques, qui sont quant à eux *par principe* constitutifs de discriminations directes illégales. L'objectif d'égalité réelle apparaît ainsi comme étant de moindre importance par rapport à la lutte contre les discriminations directes contraires à l'égalité formelle. L'étape de la justification constitue dans la pratique des juges un obstacle non négligeable à la qualification des discriminations indirectes fondées sur le sexe²³⁴⁰.

710. **Un obstacle à la qualification des discriminations indirectes.** Les motifs légitimes pouvant servir à justifier une discrimination indirecte ne sont en outre pas limités dans une « liste fermée »²³⁴¹, qui serait circonscrite expressément par un texte juridique. C'est donc aux juges qu'il revient de déterminer la légitimité des motifs invoqués par les défendeurs, ainsi que de contrôler la proportionnalité entre le désavantage subi et cet objectif²³⁴². Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne une « très large gamme de motifs acceptables »²³⁴³, ce qui a pour conséquence de limiter la qualification de discriminations indirectes – toute distinction « indirecte » ne constituant pas une discrimination indirecte²³⁴⁴. De façon générale, « deux catégories d'objectifs légitimes »²³⁴⁵ sont admises par les juges européens. Il s'agit, en premier lieu, des politiques sociales menées par l'État : les juges admettent par exemple comme objectifs légitimes la politique de promotion de l'embauche et de l'emploi et de lutte contre le chômage²³⁴⁶, la garantie de l'indépendance des membres des comités d'entreprises²³⁴⁷, la bonne gestion des dépenses publiques consacrées aux soins médicaux spécialisés et à garantir l'accès de la

²³³⁹ LAULOM Sylvaine, « France », *Revue du droit européen de l'égalité des genres*, n° 2, 2012.

²³⁴⁰ Voir BARNARD Catherine, HEPPLÉ Bob, « Substantive equality », *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 574 : « A « potential threat to the concept of indirect discrimination is the dilution of the test of objective justification ».

²³⁴¹ TOBLER Christa, *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 36.

²³⁴² MOREAU Marie-Ange, « Les justifications des discriminations », *Droit social*, 2002, p. 1112.

²³⁴³ *Ibid.*, p. 37.

²³⁴⁴ GARRONE Pierre, « La discrimination indirecte en droit communautaire. Vers une théorie générale », *RTD Eur.*, 1994, p. 425.

²³⁴⁵ LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 739.

²³⁴⁶ CJCE, 11 septembre 2003, *Erika Steinicke c/ Bundesanstalt für Arbeit*, C-77/02, point 61 ; CJCE, 20 mars 2003, *Helga Kutz-Bauer contre Freie und Hansestadt Hamburg*, C-187-00, point 55.

²³⁴⁷ CJCE, 6 février 1996, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. c/ Johanna Lewark*, C-457/93, point 35, à propos d'une législation qui conduisait à limiter la compensation des salariés à temps partiel – et donc majoritairement des femmes – membres des comités d'entreprises.

population à ces soins²³⁴⁸, l'allègement des contraintes pesant sur les petites entreprises²³⁴⁹ ou encore la réponse à la demande d'emplois mineurs et la lutte contre le travail illégal²³⁵⁰.

711. En second lieu, la Cour permet aux employeurs de justifier des mesures qui favorisent les intérêts de l'entreprise ou ceux des salariés. Elle admet par exemple que le désavantage touchant les salariés à temps partiel est légitime lorsqu'il vise à «encourager le travail à temps plein, indépendamment du sexe du travailleur»²³⁵¹. De même, l'exclusion des salariés à temps partiel du régime de pension d'entreprise est justifiée lorsque l'employeur fait valoir qu'une telle mesure vise à employer le moins possible de travailleurs de ce type²³⁵². Les juges autorisent encore les employeurs à justifier une rémunération plus élevée sur la base de critères jugés nécessaires à la bonne marche de l'entreprise, alors même que de tels critères désavantagent en pratique des femmes, comme l'ancienneté²³⁵³, la formation professionnelle particulière²³⁵⁴ ou encore la force physique²³⁵⁵.

712. Mais bien que l'admission de justifications liées aux politiques sociales de l'État ou aux besoins des entreprises conduise à rendre aléatoire la sanction des discriminations indirectes, la Cour de justice effectue tout de même un contrôle de la proportionnalité de la mesure en cause par rapport au but légitime poursuivi. Ainsi, de «simples affirmations générales» ne suffisent pas à établir la justification, car cela reviendrait à «vider de sa substance» le principe d'égalité des sexes²³⁵⁶. En d'autres termes, «il n'est pas suffisant qu'une mesure soit simplement commode ou souhaitable. La légitimité de l'objectif ainsi que le caractère opportun et nécessaire de la mesure doivent être prouvés par la personne, auteur présumé d'une discrimination indirecte»²³⁵⁷. Le contrôle de proportionnalité est en outre plus strict s'agissant des mesures prises par les employeurs par rapport à celles prises par l'État, celui-ci disposant d'une large marge de manœuvre pour définir ses politiques sociales²³⁵⁸. Toutefois, il apparaît surtout, dans le cadre du renvoi préjudiciel, que les juges européens laissent aux juges nationaux le soin d'exercer ce

²³⁴⁸ CJCE, 6 avril 2000, *Birgitte Jørgensen c/ Foreningen af Speciallæger, Sygesikringens Forhandlingsudvalg*, C-226/98, point 42. En revanche, «des considérations d'ordre budgétaire [...] ne constituent pas en elles-mêmes un objectif poursuivi par cette politique et, partant, ne sauraient justifier des mesures de politique sociale».

²³⁴⁹ CJCE, 30 novembre 1993, *Petra Kirsammer-Hack contre Nurban Sidal*, point 33.

²³⁵⁰ CJCE, 14 novembre 1995, *Inge Nolte contre Landesversicherungsanstalt Hannover*, C-317/93, point 34, à propos de l'exclusion des emplois mineurs de l'assurance obligatoire, qui désavantageait majoritairement les femmes, mais qui était le seul moyen d'encourager l'existence et l'offre de tels emplois.

²³⁵¹ Affaire *Jenkins* précitée, point 12.

²³⁵² Affaire *Bilka-Kaufhaus* précitée, point 36.

²³⁵³ CJCE, 3 octobre 2006, *B. F. Cadman contre Health & Safety Executive*, point 33.

²³⁵⁴ Affaire *Danfoss* précitée, point 23.

²³⁵⁵ CJCE, 1^{er} juillet 1986, *Gisela Rummler c/ Dato-Druck GmbH*, C-237/85, point 24.

²³⁵⁶ Affaire *Seymour-Smith* précitée, points 75 et 76.

²³⁵⁷ TOBLER Christa, *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 6.

²³⁵⁸ SWEENEY Morgan, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, *op. cit.*, p 332.

contrôle de proportionnalité, sans forcément prodiguer des conseils concrets quant à la légitimité des justifications²³⁵⁹. Le contrôle exercé par les juges français quant à la justification de la discrimination apparente a ainsi pu conduire, dans certaines espèces, à écarter la qualification de la discrimination indirecte²³⁶⁰.

713. S'agissant du contentieux administratif, étant donné que peu de recours ont été soumis en matière de discrimination indirecte fondée sur le sexe, le juge administratif a eu peu d'occasions de se prononcer sur la question de la justification. Certains exemples ponctuels sont toutefois significatifs de sa propension à admettre les justifications avancées par l'administration. Le Conseil d'État a ainsi refusé d'admettre en 2005, dans une affaire *Union des familles en Europe*, que les dispositions réglementaires relatives au calcul des cotisations de retraite soient constitutives d'une discrimination indirecte contraire au principe européen d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en matière de sécurité sociale²³⁶¹. L'association affirmait que ces dispositions désavantageaient indirectement les femmes, ces dernières ayant des durées de cotisation inférieures aux hommes en raison des interruptions de carrière plus fréquentes. S'appuyant sur les « critères communautaires » de qualification de la discrimination indirecte²³⁶², les juges estiment que cette différence de fait « repose sur un facteur objectif et étranger à toute discrimination fondée sur le sexe » – à savoir l'incitation par les pouvoirs publics à l'allongement des durées d'activité – et que le coefficient de minoration « n'est pas fixé de manière disproportionnée à l'objectif poursuivi »²³⁶³. Mais en dehors même du contrôle de justification qui conduit à écarter la qualification de discrimination indirecte, le Conseil d'État neutralise celle-ci en rappelant que le principe d'égalité n'oblige pas « à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. Ainsi, alors même que les travailleurs féminins ont, en

²³⁵⁹ TOBLER Christa, *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, *op. cit.*, p. 40 : « La Cour, dans ses questions préjudicielles sur la législation sociale communautaire, préfère souvent s'abstenir de donner des conseils concrets et laisser le soin à la juridiction nationale concernée de déterminer la légitimité de la justification invoquée ».

²³⁶⁰ Dans la série d'affaires relatives aux employeurs qui contestaient les dispositions du contrat de travail garantissant le repos dominical, comme affectant en majorité les femmes – en les empêchant de travailler le dimanche –, les juges ont fait valoir qu'une telle mesure était en l'espèce justifiée par un but légitime. En effet, la « règle concernant le repos hebdomadaire constitue un avantage social » pour tous les travailleurs, hommes et femmes, le législateur poursuivant dès lors un objectif social légitime, étranger à toute discrimination ; pour les juges, son application n'était donc pas de nature à entraîner une discrimination indirecte (Cass. crim., 27 juin 1995, n° 94-84216). Voir également Cass. soc., 30 septembre 2013, n° 12-14752 et n° 12-14964 et CA Versailles, 6^e chambre, 27 janvier 2015, n° 13/04868.

²³⁶¹ Article 4 de la directive n° 79/7/CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

²³⁶² BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Du principe d'égalité en droit interne et communautaire », *AJDA*, 2005, p. 2233.

²³⁶³ CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, n° 266572. Pour un raisonnement contraire, voir la délibération n° 2010-202 de la HALDE du 13 septembre 2010, s'agissant de la « question des inégalités de genre en matière de retraite » : « Compte tenu du mode de calcul des retraites, les femmes totalisent avec difficulté le nombre de trimestres nécessaires pour bénéficier de la retraite à taux plein. C'est pourquoi elles sont plus nombreuses à devoir travailler jusqu'au seuil de départ à taux plein. Le relèvement progressif de l'âge du départ à taux plein de 65 à 67 ans, risque donc de pénaliser les femmes plus que les hommes. Pour éviter que la réforme ait un impact disproportionné sur les femmes qui soit constitutif d'une discrimination indirecte, il est indispensable de construire des systèmes de compensation ».

moyenne, une durée de cotisation inférieure à celle des travailleurs masculins, le décret pouvait, sans porter atteinte au principe d'égalité entre les hommes et les femmes, fixer des règles identiques pour le calcul des retraites des assurés dont la durée de cotisation totale est inférieure à 160 trimestres». Le Conseil d'État vide ici la notion de discrimination indirecte de toute sa substance, en refusant de retenir une conception matérielle de l'égalité qui obligerait les pouvoirs publics à traiter différemment les femmes et les hommes dans le calcul des cotisations de retraite, afin de prendre en compte les inégalités de situation existant entre les sexes quant au départ à la retraite.

714. Le contrôle de la justification n'aboutit toutefois pas toujours à favoriser l'auteur de la mesure. Par exemple, dans l'affaire *MSA*, la Cour de cassation rejette la légitimité des justifications apportées par la caisse de retraite Agirc, laquelle soutenait que la distinction entre les fonctions d'assistant social et de contrôleurs et autres s'agissant de l'affiliation était justifiée car elle permettait d'atteindre «l'objectif de stabilité, de cohérence et de pérennité du régime». Les juges rejettent ce moyen, en estimant que l'Agirc ne «justifiait pas du caractère nécessaire et approprié du refus d'affiliation des catégories essentiellement féminines»²³⁶⁴. Comme le soulignent les commentateurs de cette décision, «la Cour de cassation paraît fondre en un seul bloc l'exigence d'un objectif légitime et le caractère nécessaire et approprié de la différence de traitement» et sanctionne en réalité «le fait que la MSA s'était contentée de simples généralités pour invoquer l'objectif légitime de stabilité, de cohérence et de pérennité du régime»²³⁶⁵.

715. La nature potentiellement neutralisante de la notion de discrimination indirecte a tout de même conduit le droit européen, puis le droit français, à permettre largement la justification des désavantages indirectement fondés sur le sexe. Mais les obstacles à la reconnaissance en droit français de la notion tiennent davantage à une résistance certaine des juges, et en particulier du juge administratif, à se détacher d'une acception formelle du principe d'égalité.

B. La résistance du droit français par la persistance d'une conception formelle du principe d'égalité

716. La résistance du droit français quant à l'intégration du concept de discrimination indirecte s'était déjà manifestée à travers la difficulté pour le législateur d'appréhender une telle conception des discriminations. En effet, la transposition, en 2008, de la définition européenne de la discrimination indirecte s'est faite sous la pression directe de la Commission européenne, qui

²³⁶⁴ Cass. soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-21489.

²³⁶⁵ LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 739.

avait engagé trois procédures en manquement contre la France pour défaut de transposition des directives relatives à la lutte contre les discriminations²³⁶⁶ ; elle reprochait notamment à la France de ne donner aucune définition de la notion de discrimination indirecte. L'introduction de cette notion n'a pas été sans susciter des critiques de la part de certains parlementaires²³⁶⁷, opposés à une conception du principe d'égalité et des discriminations qui nécessiterait la prise en compte des inégalités de fait, et qui heurterait ainsi la conception « universaliste » de l'égalité²³⁶⁸. Dans son rapport emblématique de ce point de vue, la sénatrice Muguette Dini craint en ce sens que « l'amalgame [créé] entre discrimination et inégalité de traitement laisse penser que les inégalités sont toujours dues à des discriminations » ; une définition aussi large des discriminations, fondées sur les différences de situation, constituerait ainsi une « dérive communautariste » qui méconnaîtrait « la conception républicaine qui cantonne les différences dans l'espace privé et rassemble les hommes autour d'un principe commun »²³⁶⁹.

717. Ces réticences axiologiques ne sont pas absentes des prétoires. En particulier aujourd'hui, le juge administratif préfère rester sur le terrain de l'égalité formelle plutôt que d'aller sur celui de la discrimination indirecte²³⁷⁰. En outre, la notion de discrimination indirecte est parfois mobilisée non pas en tant qu'outil de lutte contre les inégalités structurelles, mais plutôt comme un moyen de rétablir une égalité formelle entre les sexes.

718. **L'absence de sanction des discriminations indirectes par le juge administratif.** Aucune discrimination indirecte fondée sur le sexe n'a jamais été sanctionnée par le Conseil d'État. Comme l'affirme Xavier Souvignet : « La juridiction administrative fait preuve d'une incontestable retenue, pour ne pas dire de malaise, envers le concept de discrimination indirecte [...]. La jurisprudence semble même révéler quelquefois une franche hostilité et une volonté d'étouffer toute potentialité de développement »²³⁷¹. Le Conseil d'État reste ainsi réticent à admettre qu'un texte qui s'applique sans distinction aux hommes et aux femmes puisse avoir un effet discriminatoire dans son application, puisque le principe d'égalité, dans son sens formel,

²³⁶⁶ DINI Muguette, Rapport n° 253 précité, p. 5.

²³⁶⁷ LANQUETIN Marie-Thérèse, « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Droit social*, 2008, p. 778 : « Des critiques se sont exprimées en ce sens, au Sénat, attestant que les directives transposées sont contraires à la philosophie du droit français ».

²³⁶⁸ Voir l'intervention de Christophe Caresche lors de la deuxième séance du 25 mars 2008 à l'Assemblée nationale : « S'il y a eu controverse, c'est d'abord en raison de la difficulté d'intégrer les questions de discrimination dans notre droit, qui reste essentiellement individuel et fondé sur l'intention – d'où notre difficulté à introduire, par exemple, la notion de discrimination systémique. Plus largement, notre conception universaliste de l'égalité s'appuie sur un individu abstrait, détaché de ses racines et de ce qui fait son identité. Manifestement, ces divergences théoriques ont joué un rôle important ».

²³⁶⁹ DINI Muguette, Rapport n° 253 précité, p. 5 et 8.

²³⁷⁰ CLUZEL-MÉTAYER Lucie, MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 37.

²³⁷¹ SOUVIGNET Xavier, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *op. cit.*, p. 315.

impose seulement qu'à des situations similaires soient appliquées des règles identiques²³⁷². Si l'application de l'égalité formelle permet au juge de constater des discriminations directes fondées sur le sexe²³⁷³, elle est au contraire un obstacle à la reconnaissance des discriminations indirectes.

719. Dans un arrêt de 1998, il était question de la légalité d'un décret qui prévoyait une différence de traitement entre les stagiaires à temps partiel et les stagiaires à temps plein de la fonction publique, s'agissant de la prise en compte des périodes travaillées pour déterminer les droits à l'avancement, à la promotion et à la formation. Sans rechercher si cette différence de traitement affectait majoritairement les femmes²³⁷⁴ qui composent majoritairement le groupe des travailleurs à temps partiel, le Conseil d'État énonce seulement que « le moyen tiré d'une rupture d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes doit être écarté dès lors que les dispositions en cause s'appliquent sans distinction aux hommes et aux femmes »²³⁷⁵. Le raisonnement des juges repose sur une conception exclusivement formelle du principe d'égalité et ignore le fait que les discriminations puissent prendre d'autres formes que la rupture d'égalité de traitement. Ce faisant, il ignore toute la jurisprudence européenne relative aux discriminations indirectes fondées sur le sexe qui sont constituées par les règles portant sur le travail à temps partiel.

720. L'ignorance de la notion de discrimination indirecte fondée sur le sexe s'est également manifestée dans une affaire jugée par le Tribunal administratif de Montreuil en 2011, soit *après* l'intégration de la notion de discrimination indirecte dans le droit français par la loi de 2008. Les juges ont refusé de considérer comme constituant une discrimination indirecte fondée sur le sexe ou la religion le règlement intérieur d'une école qui interdisait aux parents portant une tenue religieuse d'accompagner les sorties scolaires²³⁷⁶. Pourtant, la requérante invoquait précisément la loi de 2008 pour contester la mesure qui visait, dans ses effets, spécifiquement les femmes portant le voile musulman²³⁷⁷. Mais les juges écartent l'application de l'article 2 de la loi du 27 mai

²³⁷² CE, 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, n° 266572, précité : « Si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ».

²³⁷³ CE, 6 février 1981, *Mlle Baudet*, n° 14869 : « Considérant qu'il résulte des principes rappelés par le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère celui de la Constitution du 4 octobre 1958 qu'aucune discrimination ne peut être faite dans les conditions d'emploi des hommes et des femmes à moins qu'elle ne soit justifiée par la nature des fonctions ou par les conditions de leur exercice ».

²³⁷⁴ Groupe d'Étude et de Lutte contre les Discriminations (GELD), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, note n° 2, octobre 2000.

²³⁷⁵ CE, 23 octobre 1998, *Union des Fédérations CFDT des fonctions publiques et assimilées*, n° 169797.

²³⁷⁶ TA Montreuil, 5^e et 6^e chambres réunies, 22 novembre 2011, n° 1012015.

²³⁷⁷ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *AJDA*, 2012, p. 163 : « Le fait que le règlement intérieur en cause enjoigne à tous les parents accompagnateurs de sorties scolaires le respect de la neutralité dans leur tenue ne saurait faire méconnaître le fait que ce sont essentiellement les 1^o) mamans (femmes) 2^o) musulmanes que vise ce type de disposition ».

2008, au motif qu'il ne peut être utilement invoqué par la requérante, car il ne concerne « que les activités salariées ». Cette solution apparaît critiquable à deux points de vue. D'une part, l'article 2 de la loi de 2008 en question ne concerne pas seulement les activités salariées, comme le prétend le juge, mais aussi l'accès et la fourniture aux biens et aux services, et donc aux usagers du service public. D'autre part, il aurait été possible pour le juge de voir « par-delà l'article 2 de la loi » et de « lire le fait que [la loi] était invoquée par la requérante à cause de l'article 1^{er} »²³⁷⁸, consacrant la notion de discrimination indirecte. Mais le juge nie l'existence même d'une telle notion en allant jusqu'à refuser l'application de la loi de 2008.

721. L'attachement du juge administratif à une conception formelle du principe d'égalité dans ces affaires le conduit à refuser de s'intéresser aux inégalités de situations générées par l'application de la règle de droit²³⁷⁹. Une telle solution apparaît liée à la crainte suscitée par le « redoutable effet perturbateur » du concept de discrimination indirecte, qui conduirait à une « sociologisation du droit »²³⁸⁰. L'application de ce concept nécessiterait en effet pour les juges de « combattre les préjugés, les stéréotypes, les représentations sociales », de « subvertir l'ordre social » et non plus seulement de sanctionner les énoncés normatifs discriminatoires, en somme, de réaliser une évolution dans le mode de raisonnement tendant à une transformation de la société, que les juges ne semblent pas prêts à réaliser²³⁸¹.

722. Si le juge administratif n'a jamais sanctionné de discrimination indirecte fondée sur le sexe, de rares usages de la notion apparaissent tout de même dans le contentieux administratif, mais de façon très ponctuelle et dans un sens inverse à la réalisation de l'égalité réelle.

723. **Un outil mobilisé contre des mécanismes visant l'égalité réelle.** Il a été montré que la notion de discrimination indirecte avait pu servir d'outil aux juges pour remettre en cause des inégalités structurelles entre les sexes, c'est-à-dire, des inégalités résultant des rôles sociaux hiérarchisés et désavantageant majoritairement les femmes. Mais cette notion n'a pas toujours été mobilisée par les requérants comme un mécanisme visant une égalité réelle. Les requérants

²³⁷⁸ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *op. cit.*, p. 163.

²³⁷⁹ MARION Laurence, « Le droit au chiffonnage et au glanage devant le Conseil d'État », *AJDA*, 2018, p. 62 : « La tradition juridique française construite historiquement autour d'une conception du principe d'égalité consacrant l'égalité de chaque individu devant la loi se prête, il est vrai, assez mal à cette approche. Vous privilégiez un raisonnement *in abstracto* par lequel vous vous assurez que les dispositions en cause ne présentent pas de caractère discriminatoire apparent ».

²³⁸⁰ SOUVIGNET Xavier, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *op. cit.*, p. 315.

²³⁸¹ *Ibid.*, p. 315 : « Le concept de discrimination indirecte entraîne avec lui une nouvelle sociologisation du droit. Il commande un investissement du droit et des juristes dans des champs couverts par l'anthropologie juridique, les théories du genre ou les travaux de psychologies sociales cognitives, afin de « décoder » les préjugés et les stéréotypes portés par chacun et de contrecarrer les « biais implicites ». De manière générale il constitue une invitation aux juristes à s'ouvrir à une forme de pluralisme critique des méthodes quand le monde des juristes français est encore largement dominé par la dogmatique, pour ne pas dire la théologie ».

l'invoquent ainsi parfois de manière stratégique dans le but de supprimer des normes qui leur sont défavorables, sans que leur action ne tende forcément à établir l'égalité des sexes dans les faits²³⁸². Elle a même été mobilisée devant le juge administratif et devant le juge judiciaire pour faire obstacle à des mesures visant l'égalité réelle.

724. Ainsi, dans une série d'arrêts rendus en 2015, qui ont fait l'objet d'un développement antérieur²³⁸³, le Conseil d'État admet que la condition imposée par le Code des pensions pour obtenir une bonification pour enfant en matière de retraite constitue *a priori* un désavantage indirect en défaveur des hommes, car il ne bénéficie en pratique qu'aux femmes²³⁸⁴. Certes, la décision finale du Conseil d'État va plutôt dans le sens de l'égalité réelle, car un tel désavantage est précisément justifié par l'objectif légitime de compensation des inégalités de fait touchant les femmes dans l'évolution de la carrière. Mais cette décision conduit à deux remarques : d'une part, si le Conseil d'État retient plutôt en l'espèce une conception réelle de l'égalité, cela implique d'écarter la discrimination indirecte, ce qui contribue au défaut général d'appréhension de la notion par le juge administratif comme potentiel outil de l'égalité réelle. D'autre part, la notion de discrimination indirecte n'est pas ici mobilisée par les requérants comme un outil de l'égalité réelle, mais bien au contraire, comme servant à des hommes à contester des mesures positives en faveur des femmes, à rétablir, en somme une égalité formelle par la suppression de mesures préférentielles indirectes²³⁸⁵.

725. Cette conception de la discrimination indirecte ne supprime toutefois pas le potentiel certain de la notion pour lutter contre les inégalités de fait. Au regard du développement de la discrimination indirecte dans la jurisprudence européenne, ainsi que de son intégration par la

²³⁸² C'est le cas par exemple des affaires relatives aux dispositions sur le repos dominical, examinées par la chambre criminelle de la Cour de cassation entre 1995 et 1999 (Cass. crim., 27 juin 1995, n° 94-84.216 ; 30 mai 1995, n° 94-83.824 ; 4 juin 1998, n° 97-82.788 ; 25 juillet 1995, n° 94-83.789 ; 3 novembre 1998, n° 97-83.804 ; 2 mars 1999, n° 97-85.193 ; 16 mars 1999, n° 98-80.879 ; 22 juin 1999, n° 97-85.911 ; 5 octobre 1999, n° 98-83.091 ; 27 mai 1999, n° 98-83.092 ; 8 juin 1999, n° 98-86.108 ; 7 septembre 1999, n° 98-85.639). Dans cette série d'affaires, les employeurs, condamnés au non-respect de la règle du repos dominical, faisaient valoir que cette dernière constituait une discrimination indirecte fondée sur le sexe, car les femmes étaient majoritairement concernées par la règle interdisant l'ouverture des commerces le dimanche. L'invocation de la discrimination indirecte fait ainsi davantage office de stratégie de défense de la part des auteurs présumés de l'infraction, que d'une stratégie des femmes comme victimes de discrimination.

²³⁸³ Cf. partie I, titre II, chapitre II.

²³⁸⁴ CE, 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372426 ; CE, 31 juillet 2015, n° 381979 (voir pour une application récente : CE, 28 juillet 2017, n° 394776). Il faut en effet avoir interrompu son activité pendant une durée continue au moins égale à deux mois dans le cadre d'un congé de maternité ou d'éducation. Puisque, dans les faits, les hommes interrompent moins souvent leur carrière que les femmes pour s'occuper des jeunes enfants et ne peuvent se prévaloir d'un congé de maternité, ils se trouvent ainsi désavantagés par rapport aux femmes dans l'obtention d'une bonification de pension ou d'une retraite anticipée.

²³⁸⁵ Le même constat peut être fait à propos de l'affaire jugée en 2012 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans laquelle le requérant homme contestait la condition d'interruption d'activité de deux mois instituée par la caisse de retraite des clercs de notaires, qui bénéficiait majoritairement aux femmes. Si la Cour juge que cette condition « n'engendre pas une discrimination indirecte à raison du sexe [...] du seul fait qu'un nombre plus élevé de femmes que d'hommes en bénéficient, en raison du congé de maternité » la discrimination indirecte est tout de même là encore mobilisée comme un outil de remise en cause d'une mesure préférentielle visant à compenser les désavantages subis par les femmes dans le déroulement de leur carrière (Cass. 2^e civ., 12 juillet 2012, n° 10-24661).

chambre sociale de la Cour de cassation, on ne saurait affirmer l'entière prédominance d'une conception formelle de l'égalité des sexes comme exigence d'indifférenciation. Il est ainsi désormais admis, en droit européen mais aussi en droit français, que la réalisation de l'égalité réelle implique la prise en compte du genre par le droit.

Conclusion chapitre I. L'affirmation croissante, au sein du droit européen et français, de l'objectif d'égalité réelle entre les sexes a conduit à une évolution, certes partielle et ponctuelle, de la notion même de discrimination. Une telle évolution a nécessité que le droit prenne en compte la différence des sexes dans son aspect inégalitaire, que ce soit pour dévoiler l'aspect asymétrique de tels phénomènes ou afin de rendre compte de l'impact disparate d'une règle ou d'une mesure *a priori* neutre quant au sexe. Le renouvellement de la notion de discrimination a donc permis de mettre en évidence les rôles sociaux hiérarchisés traditionnellement attribués aux femmes et aux hommes qui structurent et perpétuent les inégalités, et de sanctionner les désavantages qui en sont issus. Mais l'évolution du droit au regard de l'égalité réelle ne s'est pas uniquement manifestée à travers la sanction des conséquences discriminatoires de la hiérarchie de genre : elle tend de surcroît à agir directement sur cette hiérarchie de genre, à travers la transformation des rapports sociaux de sexe par le droit. De ce point de vue, la sanction des discriminations, même dans son approche évoluée, est apparue insuffisante pour remettre en cause les inégalités de fait ; un tel enjeu suppose, bien plus, que le droit agisse pour modifier la structure des rôles de genre.

Chapitre II. La transformation des rôles de genre hiérarchisés par le droit

726. La prise en compte de la différence des sexes dans sa dimension hiérarchique pour remédier aux inégalités de fait ne s'est pas seulement manifestée par la reconnaissance de l'aspect asymétrique des inégalités. Dans un nombre croissant de configurations, les acteurs du droit de la non-discrimination ne se contentent plus de sanctionner les conséquences de la dimension structurelle des discriminations, mais tendent désormais à agir sur cette structure sociale inégalitaire par une transformation des rôles sociaux de genre. Une telle volonté d'action est ainsi affirmée dans la loi pour l'égalité réelle de 2014, qui prône « un travail d'éducation et de changement des comportements pour agir sur la racine des inégalités. Ce travail, qui commence dès l'école, doit se faire également dans les institutions, dans les administrations, au sein de la famille, dans l'entreprise, dans les médias et les associations. Parce que les inégalités sont présentes partout, nous devons agir partout »²³⁸⁶.

727. Cette dimension « transformative »²³⁸⁷ du principe d'égalité a été définie par certains auteurs comme « la remise en cause des rôles de genre sur lesquels la société est fondée » pour démanteler les causes profondes des inégalités structurelles²³⁸⁸. Une telle perspective va au-delà des réformes entreprises par le législateur pour éliminer la différenciation des rôles de genre dans les énoncés normatifs, notamment en droit de la famille, puisqu'il s'agit de modifier dans les faits – et non plus seulement dans le droit – la répartition inégalitaire des rôles sociaux. D'un point de vue théorique, l'égalité transformative repose sur l'idée que le genre, entendu comme « sexe social » et désignant les significations sociales attribuées au masculin et au féminin, ne correspond pas naturellement au sexe biologique : homme ou femme²³⁸⁹. Les évolutions juridiques liées aux politiques d'égalité réelle tendent dès lors à agir sur « l'ordre sexué »²³⁹⁰ qui « assigne aux femmes

²³⁸⁶ Voir l'exposé des motifs du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes présenté au nom de Jean-Marc Ayrault, Premier ministre, par Najat Vallaud-Belkacem, ministre des droits des femmes, enregistré à la présidence du Sénat le 3 juillet 2013.

²³⁸⁷ FREDMAN Sandra, « Beyond the dichotomy of formal and substantive equality : toward a new definition of equal rights », in BOEREFIJN Ineke, *Temporary special measures. Accelerating de facto equality of women under article 4(1) UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Antwerpen, Oxford, New York, Intersentia, 2003, p. 111 : « It has become clear that a focus on equality of outcome is not in itself sufficient. Quantitative evaluation also requires qualitative change. Any attempt to achieve equality of results without changing underlying structures will be temporary and short-lived. The new generation of equality is therefore transformative and positive ».

²³⁸⁸ TIMMER Alexandra, « Toward an Antistereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2011, Vol. 11 : 4, p. 712. Voir également ROMAN Diane, « La promotion des femmes par la jurisprudence administrative : entre égalité formelle et égalité réelle, les hésitations du juge administratif », *JCP – Édition administrations et collectivités territoriales*, n° 29, 23 juillet 2018, 2215, p. 6.

²³⁸⁹ DORLIN Elsa, *Sexe, genre et sexualités*, Paris, PUF, p. 39.

²³⁹⁰ SENAC-SLAWINSKI Réjane, *L'ordre sexué. La perception des inégalités femmes-hommes*, Paris, PUF, 2007, p. 15 : « Au-delà de la polysémie de la notion d'ordre renvoyant à la fois au registre du classement, de la hiérarchisation et à celui d'autorité, de la domination, l'expression "ordre sexué" a pour but d'inscrire l'analyse des représentations des identités sexuées, dans un enjeu éminemment politique, celui de la définition de l'ordre juste à l'âge démocratique. L'utilisation de cette expression permet

et aux hommes des fonctions et des espaces différents et asymétriques »²³⁹¹, à modifier la manière dont sont définies les identités sexuées. L'égalité transformative contredit ainsi l'idée de « division sexuée du travail »²³⁹², à savoir que la sphère domestique – ou le « travail reproductif » – serait naturellement attribuée aux femmes et la sphère publique – ou le « travail productif » – serait naturellement l'apanage des hommes²³⁹³. Les réformes juridiques allant dans ce sens ont ainsi pour but de favoriser l'accès des femmes à la sphère publique et professionnelle, mais également en contrepartie d'intégrer davantage les hommes dans la sphère domestique. L'objectif n'est donc pas uniquement la « libération de la femme », mais la « libération de la femme et de l'homme »²³⁹⁴ des rôles sociaux traditionnels, en repensant les *rappports sociaux* entre les femmes et les hommes²³⁹⁵. L'implication des hommes dans la sphère domestique requiert dès lors une valorisation dans la société des rôles sociaux traditionnellement considérés comme féminins²³⁹⁶, en particulier les rôles liés au *care*, tels que les soins aux enfants et aux personnes âgées²³⁹⁷.

728. La modification des rapports sociaux de sexe par le droit se manifeste à travers deux évolutions notables. D'une part, certaines mutations du droit montrent que le législateur et les juges sont de plus en plus enclins à agir sur les rôles de genre et sur les représentations du masculin et du féminin, par l'interdiction des discriminations, mais surtout au travers des politiques publiques égalitaires. En effet, d'un côté, le droit de la non-discrimination tend aujourd'hui à protéger les individus qui subissent des désavantages parce que leur rôle de genre ne correspond pas à leur sexe biologique. De l'autre côté, l'action du législateur témoigne d'une propension à vouloir modifier directement la répartition des rôles de genre, en incitant davantage

d'introduire une réflexion sur la spécificité des différences hommes-femmes dans l'élaboration de l'ordre social et politique dans une société démocratique ».

²³⁹¹ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, NOR : DFEX1313602L/Bleue-1, 1^{er} juillet 2013, p. 8.

²³⁹² DORLIN Elsa, *Sexe, genre et sexualités*, op. cit., p. 16, reprenant les travaux de Danièle KERGOAT et de Dominique FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL dans *le Dictionnaire critique du féminisme*, Paris, PUF, 2000, p. 36 et 250 : La division sexuelle du travail « a pour caractéristiques l'assignation prioritaire des hommes à la sphère productive ainsi, que, simultanément, la captation par les hommes des fonctions à forte valeur sociale ajoutée (politique, religieuse, militaire, etc.). La division sexuelle du travail fonctionne donc "simultanément" dans la sphère professionnelle et dans la sphère domestique, où on assiste à une "mise au travail spécifique des femmes" qui consiste en "la disponibilité permanente du temps des femmes au service de la famille", à l'invisibilisation de ce travail comme *travail* – on parle alors de "tâches ménagères à faire" – et à son exploitation ».

²³⁹³ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 12.

²³⁹⁴ BADER GINSBURG Ruth, citée par MERCAT-BRUNS Marie, « Discrimination fondée sur le sexe aux États-Unis : une notion juridique sous tension », *Travail, genre et société*, n° 28, 2012, p. 63.

²³⁹⁵ TULKENS Françoise, « Droits de l'homme, droits des femmes. Les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme », in CAFLISCH Lucius, *Human Rights – Strasbourg Views. Droits de l'homme – Regards de Strasbourg*, Kehl-Strasbourg-Arlington, N.P. Engel, 2007, p. 423 ; ROSANVALLON Pierre, *La société des égaux*, Paris, Seuil, 2011, p. 365 : « John Stuart Mill avait le premier invité à traiter de l'égalité en la matière du point de vue de la nature du rapport entre les hommes et les femmes. L'enjeu, soulignait-il dans cet esprit, est l'aptitude à vivre ensemble comme des égaux. C'était dire que la question des droits des femmes était d'abord celle de leur relation avec les hommes et non pas seulement de leur possession en soi d'attributs déterminés ».

²³⁹⁶ FREDMAN Sandra, *Women and the law*, Oxford University Press, 1997, p. 37.

²³⁹⁷ Voir le point de vue de CHAI Feldblum, in MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013, p. 323.

les hommes – ou la société – à prendre part au rôle traditionnellement dévolu aux femmes (section I). La transformation des rapports sociaux de genre s'effectue, d'autre part, à travers la remise en cause par le droit d'une définition du couple impliquant l'hétérosexualité, elle-même fondée sur l'idée de la complémentarité essentielle entre l'homme et la femme qui a longtemps servi de justification aux inégalités entre les sexes (section II).

Section I. Agir sur les rôles de genre : de l'interdiction des discriminations aux politiques publiques égalitaires

729. Certaines mutations en droit français et européen résultent d'une tendance du législateur et des juges à renouveler l'approche du principe d'égalité des sexes dans une dimension « transformative ». En détachant le sexe social du sexe biologique, cette approche présuppose que les rôles sociaux de genre reposent sur des stéréotypes et des représentations socialement construites configurées de manière hiérarchique²³⁹⁸. L'assignation aux rôles sociaux de genre constitue ainsi une entrave à la liberté pour l'individu de choisir un rôle social qui ne correspond pas forcément à ce qui est attendu de lui au regard de son sexe. Le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes définit lui-même les stéréotypes de sexe comme « des représentations schématiques et globalisantes sur ce que sont et ne sont pas les filles et les garçons, les femmes et les hommes. Les stéréotypes de sexe légitiment les rôles de sexe en les “naturalisant” : ils font paraître comme biologiques et naturels des rôles de sexe différents et hiérarchisés, assignés aux hommes. Les stéréotypes de sexe sont des agents de la hiérarchie entre les femmes et les hommes, qui outillent les discriminations et servent à légitimer, *a posteriori*, les inégalités »²³⁹⁹.

730. Certains acteurs juridiques – juges et législateur – se montrent de plus en plus enclins à lutter contre une telle assignation traditionnelle des rôles de genre lorsqu'elle conduit à des inégalités. En effet, d'une part, on assiste aujourd'hui à la consécration d'une place à l'autodétermination des rôles de genre par les individus eux-mêmes, remettant en cause l'idée une correspondance naturelle et nécessaire entre le sexe biologique et le rôle social attendu d'eux en tant qu'homme ou femme. D'autre part, on constate une revalorisation des rôles sociaux en lien avec la sphère privée et familiale, traditionnellement assignés aux femmes, par l'incitation des hommes et de la société à prendre en charge de telles responsabilités.

731. Mais si les évolutions en ce sens sont notables en droit français, singulièrement sous l'impulsion du droit européen et international, elles demeurent limitées. Certains exemples de

²³⁹⁸ Les stéréotypes de genre peuvent en effet être définis comme la « construction sociale et la compréhension sociale et culturelle de ce que sont les hommes et les femmes, fondée sur leurs différentes fonctions physique, biologique, sexuelle et sociale », les femmes étant « socialement construites comme ayant des attributs et des rôles inférieurs » (COOK Rebecca, CUSACK Susan, *Gender Stereotyping. Transnational legal perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010).

²³⁹⁹ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Pour l'égalité femmes-hommes et contre les stéréotypes de sexe, conditionner les financements publics*, Rapport n° 2014-10-20-STER-013 relatif à la lutte contre les stéréotypes, 2014, p. 9. Il convient de marquer une précision terminologique ici : le HCE utilise « la notion de “stéréotype de sexe” et non celle de “stéréotype de genre”. En effet, les stéréotypes attribuent des caractéristiques à des personnes catégorisées selon un critère particulier, ici le sexe. Le genre en tant que “système de normes hiérarchisé et hiérarchisant de masculinité/féminité” ne désigne pas des catégories de personnes. “Stéréotype de genre” est donc un abus d'usage » (p. 10). Nous utilisons pour notre part l'expression « stéréotypes de genre » précisément pour accentuer l'idée que ces représentations alimentent une répartition genrée des rôles sociaux selon le sexe, qu'elles sont au cœur du genre en tant que « système de normes hiérarchisé et hiérarchisant ».

droit comparé permettront en effet d'illustrer que la dimension transformative du principe d'égalité demeure partielle en droit français, et qu'il serait possible pour les juges et le législateur d'aller plus loin dans leur mode de raisonnement.

732. Cette analyse des différentes évolutions du droit – et de leurs limites – dans le sens d'une transformation des rôles sociaux de sexe se divisera en deux temps, correspondant aux pendants « négatif » et « positif » du principe d'égalité. Il s'agira en premier lieu de montrer le rôle joué par l'interdiction des discriminations dans la lutte contre les stéréotypes de genre et, plus largement, dans la protection des individus, hommes, femmes ou transidentitaires, dont le rôle social ne correspond pas à ce qui est attendu d'eux au regard de leur sexe biologique (I). Mais l'interdiction des discriminations liées au genre, pendant « négatif » de l'égalité, se révèle pourtant insuffisante pour une action transformative des rôles sociaux. À travers une approche « positive » de l'égalité transformative, le législateur est également intervenu par le biais de politiques publiques, adoptant une approche « intégrée » de l'égalité, avec l'objectif de remettre en cause l'assignation traditionnelle des rôles sociaux de sexe (II).

I. La fonction de l'interdiction des discriminations dans la transformation des rôles de genre

733. Les acteurs juridiques français et européens ont, dans une certaine mesure, montré leur aptitude à remettre en cause la répartition traditionnelle des rôles de genre, à travers l'interdiction croissante depuis les années 1990 de discriminer des personnes assumant un rôle social qui ne la respecterait pas. Ce pendant « négatif » de l'égalité transformative, sous l'angle de la non-discrimination, témoigne d'une évolution dans la conception de la discrimination fondée sur le sexe. Le « sexe » ne renvoie en effet plus nécessairement au sexe biologique, mais aussi au sexe social, au « genre ». L'adoption d'un tel mode de raisonnement a dès lors nécessité pour les juges et les législateurs de se départir d'une conception uniquement biologique du sexe juridique, pour admettre que la dimension sociale et psychologique du sexe puisse conduire à l'autodétermination par les individus de leur sexe juridique. Sous l'impulsion des normes internationales et européennes, le législateur et les juges français tendent ainsi à sanctionner de plus en plus le non-respect de cette autodétermination sur le terrain du droit au respect de la vie privée, mais aussi sur celui du droit de la non-discrimination (A). La reconnaissance de la dimension psychosociale du sexe et du caractère construit des rôles sociaux, a pu permettre de sanctionner les discriminations résultant des stéréotypes de genre, qui conduisent à désavantager les individus,

femmes et hommes, dont le rôle social contredit la répartition traditionnelle du genre²⁴⁰⁰. La lutte contre les stéréotypes de genre sur le terrain du contentieux de la non-discrimination demeure ponctuelle, mais l'objectif est là encore de montrer qu'un mode de raisonnement remettant en cause la répartition inégalitaire des rôles sociaux est juridiquement possible (B).

A. La protection de l'identité de genre sur le terrain de la non-discrimination

734. C'est d'abord sur le terrain des droits des personnes transidentitaires, c'est-à-dire, dans une définition large, des personnes « dont l'identité de genre n'est pas en harmonie avec le sexe qui lui a été assigné à la naissance »²⁴⁰¹, que la dimension psychosociale du sexe a été admise – non sans difficulté –, par les acteurs juridiques français. Les situations désavantageuses auxquelles se trouvent confrontés ces individus dont l'identité de genre ne correspond pas au sexe mentionné à l'état civil – tant durant le parcours qui leur est imposé pour changer de sexe juridique que dans la vie sociale en général – ont peu à peu été reconnues par le législateur français comme étant constitutives d'atteintes à la vie privée, puis comme des discriminations. Mais une telle reconnaissance a largement été contrainte par le droit européen et en particulier à travers l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. De 1992 à 2017, celle-ci a fait une place grandissante à l'autonomie individuelle dans la définition du sexe juridique, d'abord en considérant le refus de reconnaître le sexe psychosocial comme une violation du droit au respect de la vie privée²⁴⁰², puis en consacrant le droit pour chaque individu de définir son propre sexe juridique sur le fondement de l'autonomie personnelle²⁴⁰³, et enfin en condamnant la procédure de changement de sexe juridique imposant « l'irréversibilité de

²⁴⁰⁰ Haut Conseil à l'égalité, Rapport relatif à la lutte contre les stéréotypes précité, p. 9 : « Les stéréotypes légitiment des injonctions, faites aux femmes ou aux hommes, à se comporter selon les normes établies de la féminité pour les unes, et selon les normes de la masculinité pour les autres. Ce système de normes hiérarchisées de masculinité/féminité définit le genre. C'est ainsi que les stéréotypes de sexe légitiment des assignations : "les femmes doivent", "les hommes doivent", ainsi que des incompétences *a priori* : "les femmes ne peuvent pas", "les hommes ne peuvent pas" ».

²⁴⁰¹ REIGNÉ Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 42, 17 octobre 2011, p. 1884. Voir la définition du rapport fait pour la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, CASTAGNOLI Christina, *Les droits des personnes transgenres dans les États membres de l'Union européenne*, 2010, URL : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/JOIN/2010/425621/IPOL-LIBE_NT\(2010\)425621_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/JOIN/2010/425621/IPOL-LIBE_NT(2010)425621_FR.pdf) : « Personne dont l'identité de genre ne correspond pas au genre qui lui a été attribué à la naissance. Il s'agit d'une définition plus large qui englobe les transsexuels déjà ou pas encore opérés, mais aussi des personnes qui choisissent de ne pas subir d'opération ou qui n'ont pas accès à la chirurgie et/ou à un traitement hormonal. La définition englobe également les travestis et les autres personnes qui n'entrent pas strictement dans les catégories homme ou femme ».

²⁴⁰² CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, n° 13343/87. Voir MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Lorsque le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel entraîne une situation incompatible avec le respect dû à sa vie privée, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, et il y a infraction à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 101.

²⁴⁰³ CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95. La Cour affirme ici clairement, en retenant une « approche évolutive » de l'article 8 de la Convention, que le refus d'accorder aux personnes transsexuelles une modification de leur sexe juridique, en accordance avec leur nouvelle identité sexuée, porte atteinte au « droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain ».

l'apparence physique»²⁴⁰⁴. Cette évolution, corroborée par le Commissaire européen aux droits de l'homme²⁴⁰⁵, est ainsi allée dans le sens d'une reconnaissance accrue de l'identité de genre – et donc de l'autodétermination du sexe – comme élément de définition du sexe juridique.

735. Le droit français a pris acte d'une telle évolution en plusieurs étapes. La « première étape de l'évolution juridique » conduit les juges à abandonner « la définition biologique du sexe » tout en assurant « la préservation, par voie de reconstruction chirurgicale et hormonale des corps, de la différence des sexes », tandis que la seconde étape « est beaucoup plus radicale et conduit à ne plus soumettre les corps des personnes transgenres à autant de contraintes. L'attention est [alors] accordée prioritairement au choix de l'identité sexuée avec laquelle la personne se sent à l'aise et en adéquation »²⁴⁰⁶. L'analyse retracera par conséquent ces deux étapes en montrant, en premier lieu, la façon dont les juges et le législateur français ont admis la dimension psychosociale du sexe juridique (1). Cela a permis la reconnaissance, en second lieu, à partir des années 2010, du caractère discriminatoire des traitements subis par les individus transgenres en raison de l'écart existant entre leur identité de genre et leur sexe juridique et biologique (2).

- 1) D'une logique civiliste d'indisponibilité à la reconnaissance de l'autonomie dans la détermination du sexe juridique

736. Le contentieux relatif au transsexualisme a été l'occasion pour les juges français d'admettre, de façon toutefois mesurée, que le sexe juridique contient une dimension psychosociale, autrement dit qu'il n'est pas figé à la naissance selon une catégorisation fondée uniquement sur les différences biologiques entre les hommes et les femmes, mais qu'il peut évoluer selon le sentiment d'appartenance des individus à un sexe et leur comportement social²⁴⁰⁷. À travers les demandes de modification de l'état civil, les personnes transidentitaires souhaitent faire reconnaître par le droit leur identité de genre, entendue aujourd'hui comme « l'expérience intime et personnelle profonde que chaque personne a de son genre, qu'elle corresponde ou non

²⁴⁰⁴ CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c/ Turquie*, n° 14793/08. Voir MORON-PUECH Benjamin, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés du 23 mars 2015 ; MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Stérilisation et transsexualisme », *RTD Civ.*, 2015, p. 331 ; REIGNÉ Philippe, « Appartenance sexuelle et droit au respect de la vie privée », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1875 ; PARICARD Sophie, « La fin de la stérilité du transsexuel ? », *RDSS*, 2015, p. 643. La France a elle-même été condamnée pour cette raison : CEDH, 6 avril 2017, *A. P., Nicot et Garçon c/ France*, n° 79885/12, n° 52471/13, n° 52596/13.

²⁴⁰⁵ HAMMARBERG Thomas, *Droits de l'homme et identité de genre*, Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Conseil de l'Europe, octobre 2009.

²⁴⁰⁶ FORTIER Corinne, BRUNET Laurence, « Changement d'état civil des personnes "trans" en France : du transsexualisme à la transidentité », in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012, p. 97.

²⁴⁰⁷ Le transsexualisme peut en effet être défini comme « le sentiment irrésistible et inébranlable d'appartenir au sexe opposé à celui qui est génétiquement, physiologiquement et juridiquement le sien, avec le besoin obsédant et constant de changer d'état sexuel, anatomie comprise » (LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, p. 664).

à son sexe de naissance, y compris la conscience personnelle du corps et les différentes formes d'expression du genre, comme l'habillement, le discours et les manières»²⁴⁰⁸. La position de la Cour de cassation a évolué sur cette question à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, mais elle demeure malgré tout encore marquée, même après 1992, par une logique civiliste d'indisponibilité de l'état des personnes laissant peu de place à l'autonomie individuelle. Ce n'est qu'en 2016 avec l'intervention du législateur pour démedicaliser la procédure de changement de sexe que la logique autonomiste et, partant, la dimension psychosociale du sexe, va véritablement prendre le pas sur le principe d'indisponibilité.

737. **Une logique civiliste privilégiant l'indisponibilité du sexe.** En droit français, « aucun texte ne définit les éléments qui doivent être pris en compte pour la détermination du sexe » juridique²⁴⁰⁹. Avant 1992, la jurisprudence civile²⁴¹⁰ était divisée sur cette question et, de là, sur la question de la modification du sexe juridique en réponse à des demandes de transsexuels. Deux conceptions du sexe et de la différence des sexes s'opposaient : « L'une, qui a longtemps eu la faveur de la Cour de cassation, postul[ait] que l'identité sexuelle est biologiquement constituée dès sa conception (conception substantialiste) ; l'autre estim[ait] au contraire qu'elle est susceptible d'évolution au cours de la vie pour les cas de transsexuels "vrais" (conception dite psychosociologique) »²⁴¹¹.

738. Le « courant majoritaire chez les juges de fond » s'accordait sur la possibilité d'une modification de l'état civil « au nom d'une prévalence du sexe psychologique étayée par un diagnostic d'expert »²⁴¹², même si ces décisions étaient néanmoins modérées dans la remise en cause du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, dans la mesure où celui-ci continuait

²⁴⁰⁸ HAMMARBERG Thomas, *Droits de l'homme et identité de genre*, Rapport précité, p. 6.

²⁴⁰⁹ LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*, p. 664.

²⁴¹⁰ Quant à l'aspect pénal de la question transsexuelle, les juges de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ont jugé, dès 1990, que l'article 309 du Code pénal (abrogé par la loi n° 921336 du 16 décembre 1992) qui condamne les coups et violences ayant entraîné une maladie ou une incapacité totale de travail personnel pendant plus de huit jours, ne s'applique pas aux actes chirurgicaux visant une personne transsexuelle. En effet, la responsabilité pénale des chirurgiens ne peut être recherchée sur ce terrain, dès lors qu'un intérêt thérapeutique est démontré. Ainsi, selon la Cour d'appel, le chirurgien qui a procédé à l'ablation de l'appareil génital masculin du patient dans le cadre d'une opération de réassignation sexuelle et qui cause volontairement une atteinte à l'intégrité physique du patient, a agi dans l'exercice normal de sa profession et ne s'est pas rendu coupable de délit de blessures volontaires. En l'espèce cependant, la Cour d'appel a estimé que cette opération n'a pas été réalisée dans l'intérêt thérapeutique du patient mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien et a jugé ce dernier coupable de coups et violences volontaires avec préméditation (CA Aix-en-Provence, 23 avril 1990, n° 1990-604889). Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi formé par le chirurgien (Cass. Crim., 30 mai 1991, n° 90-84420).

²⁴¹¹ SALAS Denis, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, 1994, p. 53.

²⁴¹² *Ibid.*, p. 59. La Cour d'appel de Colmar affirme par exemple en 1991 que « l'identité sexuelle de chaque personne comporte non seulement des caractères chromosomiques et génétiques non modifiables mais aussi des caractères physiques déterminés (organes sexuels et caractères secondaires) ainsi qu'une composante psychologique importante caractérisée par le sentiment de la personne d'appartenir à un sexe déterminé et par son comportement social » (citée par HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle, « État civil et transsexualisme : la fronde des juges », *RTD Civ.*, 1992, p. 46).

de soustraire l'état des personnes à « l'empire de la volonté »²⁴¹³. Le raisonnement était le suivant : dès lors qu'une évolution se produisait chez l'individu, due à des facteurs indépendants de sa volonté, le changement de sexe juridique était permis²⁴¹⁴. Dans un sens restreint, une telle cause extérieure pouvait renvoyer par exemple à une « modification subie »²⁴¹⁵ ou un accident. Dans un sens plus large, pouvait être « considérée comme cause étrangère à la volonté une évolution subie par suite de contraintes d'ordre psychique »²⁴¹⁶, laissant alors une place à la prise en compte de la dimension psychosociale du sexe²⁴¹⁷.

739. Telle n'était pas la position suivie par la Cour de cassation ni celle d'un « courant minoritaire parmi les juges du fond »²⁴¹⁸. Ceux-ci refusaient les demandes de changement de sexe juridique introduites par des personnes transsexuelles. La position de ces juges excluait que le sexe juridique puisse renvoyer, au-delà du sexe biologique – comprenant le sexe anatomique (organes sexuels internes), le sexe génétique et le sexe hormonal²⁴¹⁹ – au sexe psychosocial de l'individu²⁴²⁰. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, « qui fait défense aux individus de modifier de leur propre initiative les éléments de leur état »²⁴²¹, servait alors de justification pour refuser d'admettre que la volonté individuelle puisse conduire à modifier la mention juridique du sexe d'un individu²⁴²². Même lorsque l'opération de changement de sexe était « révélatrice de caractères préexistants et non artificiellement créatrice » et que le rapport d'expertise montrait que la preuve de l'appartenance au sexe opposé remontait « pratiquement à la naissance »²⁴²³, il apparaissait difficile pour la Cour de cassation de reconnaître que le changement de sexe était dû à une cause étrangère à la volonté de l'intéressé. La Cour s'attachait

²⁴¹³ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Analyse juridique du genre », in ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, HERRERA Carlos Miguel, LECLERC Olivier, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Éditions Kimé, 2016, p. 120.

²⁴¹⁴ CA Paris, 22 oct. 1987, D. 1987. IR. 231. MASSIP Jacques, « Le transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *Recueil Dalloz* 1991, p. 169.

²⁴¹⁵ SALAS Denis, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, *op. cit.*, p. 55 : « La demande de changement de sexe doit être acceptée quand elle résulte d'une modification subie (cas d'un déporté alsacien qui aurait subi des interventions chirurgicales en captivité) ».

²⁴¹⁶ MASSIP Jacques, « Le transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *op. cit.*, p. 169.

²⁴¹⁷ Voir, par exemple, TGI de Toulouse, 24 mai 1978 et CA Toulouse, 11 octobre 1978, *JCP*, 1981, II, 19528, note PENNEAU ; SALAS Denis, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, *op. cit.*, p. 57 : « La tendance dominante, avec une abondance d'argumentation dans les jugements, arrêts et commentaires doctrinaux, se fonde sur l'idée qu'en l'absence d'une définition légale du sexe et compte tenu de sa complexité, il faut tenir compte prioritairement du sexe psychologique pour assouplir le principe d'indisponibilité de l'état des personnes ».

²⁴¹⁸ SALAS Denis, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, *op. cit.*, p. 59.

²⁴¹⁹ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire pour le Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 19 et s.

²⁴²⁰ Voir, par exemple, CA Bordeaux, 5 mars 1987, repris par : Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1990, n° 88-12829.

²⁴²¹ CA Paris, 18 janvier 1974, D. 1974.196.

²⁴²² LAMBERT-GARREL Lucile, « Le transsexualisme en droit interne français », in MATTEU Jacques, REYNIER Mathieu, VIALLA François, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2010, p. 189.

²⁴²³ Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 1975, n° 73-10615.

en effet à une définition purement biologique et non psychosociale du sexe. Elle retient ainsi en 1990 que le transsexualisme ne peut s'analyser en un « véritable changement de sexe » ; le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'a pas pour autant « acquis ceux du sexe opposé »²⁴²⁴. La « réalité » du sexe s'épuisait donc, pour la Cour de cassation, dans le sexe biologique de naissance – déterminé en particulier par le critère chromosomique –, qui ne saurait être remis en cause par la volonté individuelle – et ce, même après une opération de conversion sexuelle modifiant le sexe anatomique²⁴²⁵.

740. Néanmoins, à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne en 1992²⁴²⁶, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rapidement opéré un revirement de jurisprudence, en admettant en partie que le sexe psychosocial puisse justifier la modification de la mention du sexe à l'état civil pour les personnes transsexuelles. Elle a ainsi quitté le terrain de l'indisponibilité pour se situer sur celui du respect de la vie privée, en se fondant directement sur l'article 8 de la Convention européenne²⁴²⁷. Elle reconnaît alors que le sexe psychosocial, à l'origine de la modification par le transsexuel de son apparence physique²⁴²⁸, sert en partie de fondement au processus de changement de sexe juridique²⁴²⁹. Ce critère ne suffit cependant pas à lui seul à permettre une telle modification : les juges consacrent « un droit à la modification de son acte de naissance doublement conditionné par l'apparence physique et la thérapie »²⁴³⁰. La Cour subordonne en effet le changement de la mention du sexe juridique au constat médical du syndrome de « dysphorie de genre », ainsi qu'à des traitements médicaux chirurgicaux pour mettre en conformité le sexe anatomique avec le sexe social. Or, ces conditions constituent « un cadre rigide et contraignant »²⁴³¹ pour les transsexuels, qui doivent se soumettre à l'expertise de psychiatres et à des opérations médicales lourdes et dangereuses pour obtenir satisfaction de leur

²⁴²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1990, n° 88-12829.

²⁴²⁵ La Cour de cassation affirme dans le même sens en 1988 que « les juges du fond, après avoir constaté que [la requérante] présentait les caractères génétiques, anatomiques et physiologiques du sexe féminin, ont pu estimer que les considérations psychologiques et sociales invoquées étaient insuffisantes pour justifier un changement de sexe qui serait contraire à la réalité » (Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1988, 86-13698).

²⁴²⁶ CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, n° 13343/87.

²⁴²⁷ Cass. Assemblée plénière, 11 décembre 1992, n° 91-11900 : « Lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ».

²⁴²⁸ Le requérant était inscrit sur les registres d'état civil comme étant de sexe masculin, mais se comportait socialement depuis l'enfance « comme une fille » et avait subi des traitements hormonaux, ainsi que l'ablation de ses organes génitaux externes avec création d'un néo-vagin.

²⁴²⁹ FORTIER Corinne, BRUNET Laurence, « Changement d'état civil des personnes “trans” en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 97.

²⁴³⁰ SALAS Denis, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, *op. cit.*, p. 85.

²⁴³¹ FORTIER Corinne, BRUNET Laurence, « Changement d'état civil des personnes “trans” en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 97.

demande. De plus, les personnes transgenres²⁴³² « non opérées – alors même qu’elles ont adopté l’apparence physique et le comportement social de l’autre sexe – ne peuvent donc en bénéficier et se trouvent dans la même impasse qu’avant le revirement de jurisprudence de 1992 »²⁴³³. En tout état de cause, même si le sexe psychosocial est en partie pris en compte pour admettre le changement de la mention du sexe, les juges ne remettent pas en cause la définition juridique du sexe fondée sur le critère chromosomique²⁴³⁴. En d’autres termes, les juges refusent de considérer le sexe psychosocial et, partant, la volonté individuelle, comme pouvant modifier le « véritable » sexe, qui demeure le sexe attribué à la naissance.

741. La place accordée au sexe psychosocial et à la volonté individuelle a peu évolué dans la jurisprudence ultérieure. Le changement de sexe juridique était en effet, dans les années 2000, toujours subordonné à un traitement médical et chirurgical, montrant que le sexe biologique avait davantage d’importance que le sexe psychosocial dans la définition du sexe juridique. La condition d’intervention chirurgicale pour modifier les organes sexuels d’origine a toutefois été atténuée par une circulaire de la ministre de la Justice du 14 mai 2010 qui appelait les juridictions à considérer que « le caractère irréversible du processus de changement de sexe pourrait résulter de traitements médico-chirurgicaux sans exiger pour autant l’ablation des organes génitaux »²⁴³⁵. Mais le maintien de la condition d’irréversibilité de l’apparence physique a conduit les juridictions à conserver cette exigence²⁴³⁶ : en effet, comme l’ont souligné certains auteurs, seule l’ablation des organes génitaux est à même de remplir réellement la condition d’irréversibilité du changement de sexe, les autres traitements médicaux étant toujours réversibles²⁴³⁷. Cette interprétation stricte de la condition d’irréversibilité a été confirmée par la Cour de cassation dans deux arrêts de 2012²⁴³⁸ : dans ces affaires, les opérations de chirurgie plastique et l’hormonothérapie se sont révélées insuffisantes pour remplir la condition d’irréversibilité de l’apparence physique, condition qui est, semble-t-il, laissée par la Cour de cassation à l’appréciation des juges du fond²⁴³⁹.

²⁴³² Il s’agit de distinguer ici les transsexuels, qui ont subi une opération de conversion sexuelle pour se conformer à leur identité de genre et les transgenres, qui souhaitent obtenir la modification de leur état civil sans forcément subir un traitement médical de réassignation sexuelle. ROMAN Diane, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », in BORRILLO Daniel et FASSIN Eric, *La bioéthique en débat : angles vifs et points morts*, actes du colloque CERSA-IRIS-CREDOF, *Raison publique*, 2012.

²⁴³³ LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*, p. 669.

²⁴³⁴ FORTIER Corinne, BRUNET Laurence, « Changement d’état civil des personnes “trans” en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 97.

²⁴³⁵ Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l’état civil, NOR : JUSC1012994C.

²⁴³⁶ Voir par exemple CA Nancy, 3 janvier 2011, n° 0900931.

²⁴³⁷ FORTIER Corinne, BRUNET Laurence, « Changement d’état civil des personnes “trans” en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 108.

²⁴³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n° 10-26947 et n° 11-22490.

²⁴³⁹ VIALLA François, « Transsexualisme : l’irréversibilité en question », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1648.

742. Ainsi, en dépit de la reconnaissance du sexe psychosocial par les juges français, marquant une première étape, la tendance de la jurisprudence relative au transsexualisme des années 2000 et début 2010 est caractérisée par la faible place accordée à la volonté individuelle dans la définition du sexe juridique. L'identité de genre, entendue comme la conviction intime de son appartenance à un sexe, ne peut à elle seule servir de fondement à la modification du sexe juridique, celle-ci exigeant l'irréversibilité de l'apparence physique par un traitement médico-chirurgical. La position du droit français va toutefois sensiblement évoluer en 2016 avec l'intervention du législateur.

743. **Une plus grande place accordée en 2016 à l'identité de genre.** La loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice a supprimé les conditions médicales qui s'imposaient aux transgenres et qui maintenaient la prééminence du critère biologique sur le critère psychosocial dans la définition du sexe juridique. Le législateur a souhaité se saisir, pour la première fois²⁴⁴⁰, de la question de la procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil pour mettre fin aux divergences existant entre les juges sur cette question²⁴⁴¹. Les conditions pour modifier l'état civil variaient en effet d'une juridiction à l'autre, en raison du manque de clarté de la définition de la condition d'irréversibilité de l'apparence physique, et ce malgré la circulaire du 14 mai 2010²⁴⁴². La réforme de 2016 vise surtout à remettre en cause les atteintes causées directement aux personnes transgenres par les conditions « médicales » qui leur sont imposées. Cette évolution va du reste dans le sens d'une remise en cause du caractère pathologique de la transidentité²⁴⁴³. Un décret du 8 février 2010 a d'ailleurs en ce sens retiré la dysphorie de genre des affections psychiatriques de longue durée mentionnées dans le Code de la sécurité sociale²⁴⁴⁴. Les autorités considèrent ainsi de moins en moins la transidentité comme une maladie psychique, une erreur de la nature à rectifier, qui nécessiterait une thérapie par la conversion sexuelle. En ce sens, le législateur a supprimé l'exigence d'un traitement médical lourd et risqué²⁴⁴⁵, assimilée à une

²⁴⁴⁰ Certaines propositions de loi avaient toutefois déjà tenté de remettre en cause la médicalisation de la procédure de changement de sexe, mais n'avait pas abouti à l'adoption d'une loi : voir la proposition de loi n° 4127 de Michèle Delaunay visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 décembre 2011.

²⁴⁴¹ CLÉMENT Jean-Michel, LE BOUILLONEC Jean-Yves, Rapport n° 3726 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 mai 2016, p. 266.

²⁴⁴² Décision-cadre du Défenseur des droits MLD-MSP-2016-164 du 24 juin 2016 précitée, p. 9.

²⁴⁴³ Ainsi, la condition exigeant l'établissement du diagnostic de « syndrome de dysphorie de genre », posée par la Cour de cassation en 1992, 2012 et 2013 – et pourtant nécessaire selon la Haute Autorité de santé, pour permettre « au psychiatre d'établir un diagnostic différentiel et d'éliminer une pathologie psychiatrique avérée » (rapport de la Haute Autorité de santé précité, p. 77) – entraîne une « pathologisation de la transidentité » et une « stigmatisation » des personnes transgenre dans la société, dénoncées par des instances comme la CNCDH (avis sur l'identité de genre précité, p. 7).

²⁴⁴⁴ Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du Code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée ».

²⁴⁴⁵ Rapport de la Haute Autorité de santé précité, p. 102, à propos des traitements hormonaux : « Il s'agit de traitements lourds, administrés à long terme, pouvant induire des effets secondaires. Il est à noter que l'automédication pratiquée par des patients augmente le risque d'effets secondaires ».

mutilation du point de vue pénal²⁴⁴⁶, pour pouvoir changer de sexe juridique prenant directement acte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁴⁴⁷. L'opération de réassignation sexuelle ne constitue plus une exigence conditionnant le changement de sexe juridique, mais une simple faculté pour les individus. L'Assemblée nationale a ainsi modifié, en première lecture, le projet de loi de modernisation de la justice pour y insérer l'article 61-5 du Code civil, prévoyant la possibilité de demander au juge la modification de la mention du sexe à l'état civil. À ce stade, les députés exigeaient encore le changement de « l'apparence physique du sexe revendiqué par l'effet d'un ou plusieurs traitements médicaux » comme condition à la modification du sexe juridique²⁴⁴⁸. Ils ont néanmoins cherché à ce que l'absence de traitements médicaux ne constitue pas un obstacle aux demandes, en précisant, à l'article 61-6 du Code civil, que « le seul fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut suffire à motiver le refus de faire droit à la demande ». Les députés ont toutefois été encore plus loin en nouvelle lecture, par la suppression totale de la condition de traitement médical ; en outre, l'article 61-6 énonce désormais que « *le fait* de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut suffire à motiver le refus de faire droit à la demande »²⁴⁴⁹. En remplaçant les termes « le seul fait » par « le fait »²⁴⁵⁰, les députés se sont assurés que le traitement médical ou l'opération chirurgicale ne soient plus du tout pris en compte comme condition du changement de sexe²⁴⁵¹.

²⁴⁴⁶ Sur le plan pénal, la licéité des opérations de réassignation sexuelle et les atteintes à l'intégrité physique qu'elle emporte sont justifiées par la « nécessité thérapeutique » : c'est parce que l'opération constitue la thérapie d'une affection qu'elle n'est pas constitutive d'une violence entraînant une mutilation punie par l'article 222-9 du Code pénal (Cass. crim., 30 mai 1991, n° 90-84420). Mais dès l'instant que le transsexualisme n'est plus considéré comme une affection psychique qu'il convient de traiter, la question de la licéité de l'opération se pose.

²⁴⁴⁷ CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c/ Turquie*, n° 14793/08. L'ingérence dans le droit au respect de la vie privée que constitue la condition de « l'incapacité définitive de procréer comme exigence préalable à une autorisation de changement de sexe » est considérée par le juge européen comme non nécessaire dans une société démocratique ; le « respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé » s'oppose ainsi « à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitements » (points 119 et 120). L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c/ France* rendu le 6 avril 2017 (n° 79885/12, n° 52471/13 et n° 52596/13) est venu conforter cette évolution en condamnant directement la procédure française de changement de sexe juridique imposant l'irréversibilité de l'apparence physique par la stérilisation. La menace d'une condamnation par la Cour européenne a fortement influencé la réforme législative de 2016 : CLÉMENT Jean-Michel, LE BOUILLONEC Jean-Yves, Rapport n° 3726 précité, p. 266.

²⁴⁴⁸ Article 18 quater du projet de loi n° 738 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 24 mai 2016.

²⁴⁴⁹ Article 18 quater du projet de loi n° 738 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture le 12 juillet 2016, nous soulignons.

²⁴⁵⁰ DÉTRAIGNE Yves, Rapport n° 839 (2015-2016) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, déposé le 21 septembre 2016 au Sénat, p. 106.

²⁴⁵¹ La commission des lois a cependant rétabli par la suite la condition de l'avis du corps médical, en prévoyant, à l'article 61-6 du Code civil, que « la réalité de la situation mentionnée à l'article 61-5 est médicalement constatée », ce qui conduisait à limiter de nouveau l'autodétermination du sexe en redonnant du pouvoir aux médecins. Mais cette exigence, bien qu'adoptée par le Sénat en nouvelle lecture, a finalement été retirée en dernière lecture l'Assemblée nationale. La majorité des parlementaires, ainsi que le gouvernement, critiquaient en effet ce « retour en arrière », rétablissant une expertise médicale jugée « intrusive et humiliante » pour les transsexuels (voir l'intervention du ministre de la Justice Jean-Jacques Urvoas lors de la séance du 27 septembre 2016 au Sénat).

744. Certains députés ont toutefois contesté la nouvelle procédure, jugée trop libérale, à travers la saisine du Conseil constitutionnel : d'après eux, « remettre entre les mains de la seule volonté des individus la mention de leur sexe à l'état civil, dont l'appréciation sera laissée à la seule détermination subjective des officiers d'état civil, pourrait porter atteinte au principe de la liberté individuelle des individus, d'indisponibilité et d'immutabilité des personnes, et donc nuire à la sauvegarde de leur dignité »²⁴⁵². Le Conseil constitutionnel a cependant, dans une réponse succincte, considéré que la démedicalisation de la procédure ne portait pas atteinte à la dignité de la personne humaine²⁴⁵³ et entrainait, par ailleurs, bien dans le cadre du projet de loi initial²⁴⁵⁴.

745. La solution retenue par le législateur permet donc de protéger davantage les transgenres qui ne souhaitent pas subir une opération de réassignation sexuelle²⁴⁵⁵, tout en permettant aux transsexuels qui souhaitent réaliser une telle opération chirurgicale de le faire²⁴⁵⁶. Le consentement sert ainsi de fondement à la fois à la licéité des opérations de réassignation sexuelle voulues par les transsexuels et au rejet d'une exigence de traitement médical qui serait imposée aux transgenres pour modifier leur sexe juridique. Néanmoins, la réforme de 2016 n'a pas été jusqu'à admettre l'autodétermination complète du sexe juridique par les individus par une déjudiciarisation de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil, comme le proposaient certaines parlementaires, s'inspirant du modèle déclaratif adopté dans certains pays²⁴⁵⁷. Certains amendements tendaient en ce sens à permettre le changement de sexe après une simple déclaration à l'officier d'état civil ou au procureur de la République, après l'intervention de deux témoins sans lien de parenté avec de demandeur²⁴⁵⁸. L'officier d'état civil ou le procureur ne feraient ainsi que constater, grâce aux témoignages et aux attestations, la réalité de la discordance

²⁴⁵² Saisine par 60 députés - 2016-739 DC.

²⁴⁵³ Cons. constit., 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, cons. 67.

²⁴⁵⁴ *Ibid.*, cons. 63.

²⁴⁵⁵ FORTIER Corinne, BRUNET Laurence, « Changement d'état civil des personnes "trans" en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 72 : « Si pour certains, cette opération est fondamentalement nécessaire, pour d'autres elle ne l'est devenue que parce que c'est le seul moyen d'obtenir la reconnaissance juridique de leur identité sexuée ».

²⁴⁵⁶ La protection des transsexuels qui souhaitent se faire opérer implique du reste que les frais médico-chirurgicaux relatifs à l'opération de changement de sexe soient remboursés par la sécurité sociale, comme l'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 12 septembre 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, n° 35968/97 et 11 septembre 2007, *L. c/ Lituanie*, n° 27527/03). Or, une telle prise en charge est prévue en France pour l'opération de conversion sexuelle, mais pas forcément pour les autres traitements médicaux ce qui peut constituer un frein financier pour les transsexuels (rapport de la Haute Autorité de santé précité, p. 102, p. 74).

²⁴⁵⁷ Voir l'intervention de Sergio Coronado lors de la séance du 12 juillet 2016 à l'Assemblée nationale, p. 5328 : « Je voudrais rappeler que de nombreux pays – l'Argentine, Malte, l'Irlande ou la Norvège – ont décidé de mettre en place non seulement un dispositif d'autodétermination, ce qui me paraît normal, mais un dispositif déclaratif, gratuit et démedicalisé ». Voir par exemple, pour ce qui est de l'Argentine : Ley de identidad de género, 26.743, 24 mai 2012, article 1^{er} : « Toute personne a le droit à la reconnaissance de son identité de genre », « au libre développement de sa personne conformément à son identité de genre » et « à être traitée conformément à son identité de genre et, en particulier, d'être identifiée de cette façon dans les instruments attestant de son identité en ce qui concerne son ou ses prénoms, l'image et le sexe sous lesquels elle est enregistrée ».

²⁴⁵⁸ Voir notamment les amendements n° 150 et n° 283 présentés par le député Sergio Coronado lors de la séance du 19 mai 2016 à l'Assemblée nationale, p. 3524. Voir également l'amendement n° 95 présenté par Esther Benbassa lors de la séance du 27 septembre 2016 au Sénat, p. 13998, qui prévoit une procédure déclarative au greffe du tribunal de grande instance, exigeant la production par le demandeur d'une attestation sur l'honneur garantissant notamment que la mention du sexe revendiqué correspond mieux à son identité, ainsi que l'attestation de trois témoins capables sans lien de descendance avec l'intéressé.

entre le sexe de naissance et le sexe revendiqué de l'individu. Ces amendements ont toutefois été rejetés ou retirés en raison de l'opposition d'une majorité de parlementaires et du gouvernement à la procédure déclarative. Ceux-ci invoquaient en effet la nécessité de préserver le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, qui suppose que les décisions relatives aux éléments de l'identité tels que le sexe, ne reviennent pas au seul individu, mais soient contrôlés par le juge qui détient dès lors la maîtrise de la « réalité » de l'identité sexuée²⁴⁵⁹. En ce sens, « le gouvernement propose donc un cadre procédural spécifique et allégé, qui demeure sous le contrôle d'un juge dès lors que l'identité sexuelle ou de genre reste soumise au principe d'ordre public d'indisponibilité, en tant que composante de l'état des personnes »²⁴⁶⁰. Le principe d'indisponibilité conserve ainsi, certes de façon amoindrie, sa fonction de contrôle de la détermination par l'individu de son identité juridique sexuée et, partant, de celui de la réalité de son identité de genre.

746. Les débats ont en ce sens abouti à l'adoption d'une procédure prévoyant, sur le modèle de la possession d'état en droit de la filiation, l'intervention du tribunal de grande instance pour constater l'existence d'éléments de preuve²⁴⁶¹, permettant d'établir la « possession d'état » de l'autre sexe²⁴⁶². Aux termes du nouvel article 61-5 du Code, le demandeur doit rapporter la preuve, par tout moyen, de la discordance entre le sexe mentionné à l'état civil et celui dans lequel il se présente. La loi n'exige plus, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, la réunion de conditions cumulatives, mais prévoit un « faisceau d'indices » permettant d'établir la preuve par trois principaux faits : se présenter publiquement comme appartenant au sexe revendiqué, être connu sous le sexe revendiqué par son entourage familial, amical ou professionnel ou avoir obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué. Les éléments de fait requis reviennent finalement à modifier le sexe juridique uniquement par référence à l'identité de genre de l'individu, comprenant à la fois la perception qu'à l'individu sa propre identité, féminine ou masculine, mais aussi celle qu'il projette dans l'espace social. Par conséquent, si l'identité de genre, ainsi définie en rapport avec l'idée que se fait l'individu de son appartenance sexuée, est devenue avec la loi de 2016 l'unique critère

²⁴⁵⁹ Voir l'intervention de Xavier Breton lors de la séance du 12 juillet 2016, à l'Assemblée nationale, p. 5328 : « Je voudrais remercier M. le garde des Sceaux d'avoir rappelé le principe d'indisponibilité du corps humain, que vous évacuez régulièrement malgré son caractère essentiel, crucial dans notre droit [...]. Quand j'entends parler d'autodétermination, je m'inquiète de l'absence de limites que cette notion induit. Nous avons, au contraire, besoin de limites, lesquelles sont notamment corporelles. Nous devons accepter notre corps, vivre avec lui, et non le subir comme une fatalité ».

²⁴⁶⁰ Le ministre de la Justice Jean-Jacques Urvoas, lors de la séance du 27 septembre 2016 au Sénat, p. 14000.

²⁴⁶¹ Article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, insérant l'article 61-6 du Code civil : « Le tribunal constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil ».

²⁴⁶² FORTIER Corinne, BRUNET Laurence, « Changement d'état civil des personnes "trans" en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 111 : « Posséder un état, c'est en jouir dans les faits et passer publiquement pour l'avoir. La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui rattachent une personne à une communauté (couple conjugal, famille, nation) ».

permettant la redéfinition du sexe juridique, le juge conserve le contrôle de la réalité de l'identité de genre masculine ou féminine, ce qui limite le rôle de la volonté individuelle dans la détermination du sexe. Certains parlementaires ont sur ce point interrogé la pertinence de l'intervention du juge pour vérifier l'identité de genre qui relève d'un ressenti personnel et intime²⁴⁶³.

747. Mais si le législateur n'est pas allé jusqu'à admettre la déjudiciarisation de la procédure et, partant, l'autodétermination complète du sexe juridique par l'individu, il est indéniable que le droit français accorde une place croissante à l'identité de genre dans la détermination du sexe juridique. Le traitement juridique des personnes transidentitaires apparaît ainsi davantage guidé par une logique de protection des droits, notamment du droit au respect de la vie privée, ce qui a constitué une étape nécessaire afin de penser leur protection au prisme du droit de la non-discrimination.

2) La prohibition des discriminations fondées sur l'identité de genre

748. En admettant que le sexe juridique puisse se détacher du sexe biologique et revêtir une dimension psychosociale, l'évolution du droit français sous l'influence du droit européen des droits de l'homme a par là même permis d'appréhender l'identité de genre comme un critère de discrimination à part entière, distinct du sexe. Le législateur français a en effet admis que les personnes transgenres subissent, en tant que groupes, des désavantages particuliers, lorsque leur sexe d'apparence et leur sexe psychosocial ne correspondent pas au sexe juridique mentionné sur les registres d'état civil et leurs documents d'identité. Il a ainsi reconnu, sous l'influence des instances européennes, l'identité de genre comme critère de discrimination, permettant théoriquement de sanctionner les désavantages subis par les personnes transgenres dans le domaine de l'emploi ou de l'accès aux biens et aux services.

749. **Les discriminations à l'encontre des personnes transidentitaires condamnées au niveau européen.** Eux-mêmes influencés par le droit international des droits de l'homme²⁴⁶⁴, de

²⁴⁶³ Voir l'intervention de Patrick Mennucci lors de la séance du 12 juillet 2016 à l'Assemblée nationale, p. 5328. Une telle solution risque en outre de conduire à des « interprétations subjectives et variables d'un juge à l'autre » quant à l'appréciation des éléments de fait nécessaires pour prouver le changement de genre (voir l'intervention de Chaynesse Khirouni lors de la séance du 12 juillet 2016, p. 5325).

²⁴⁶⁴ Au niveau international, les principes de Jogjakarta élaborés par un panel d'expert en droit international (principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, URL : http://www.yogyakartaprinciples.org/wp/wpcontent/uploads/2016/08/principles_fr.pdf) ont fortement influencé plusieurs résolutions du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (résolutions du Conseil des droits de l'homme relatives aux droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre, adoptées le 17 juin 2011 (A/HRC/RES/17/19) et 26 septembre 2014, (A/HRC/RES/27/32) et résolution relative à la protection contre la violence et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, adoptée le 30 juin 2016), de même que le rapport du Haut-Commissariat aux droits de l'homme adopté le 4 mai 2015 (A/HRC/29/23). Ces instruments juridiques, bien que non contraignants, encouragent les États à lutter

multiples textes élaborés par les instances du Conseil de l'Europe – rapports du Commissaire aux droits de l'homme Thomas Hammarberg²⁴⁶⁵, résolutions et recommandations prises par l'Assemblée parlementaire²⁴⁶⁶ et recommandation adoptée par le Conseil des ministres²⁴⁶⁷ – ont insisté sur la nécessité de remettre en cause de telles discriminations. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'a toutefois jamais sanctionné des désavantages subis par des requérants transsexuels sur le terrain de l'article 14 de la Convention, dans les affaires où ceux-ci invoquaient précisément ce fondement²⁴⁶⁸. Dans l'affaire *Hämäläinen contre Finlande*, c'est l'application du test de comparabilité des situations inhérent au principe de non-discrimination qui fait échouer la reconnaissance d'une violation de l'article 14. La Cour juge en effet, dans un raisonnement laconique, que la situation des transsexuels et des cissexuels – dont le genre correspond au sexe attribué à la naissance – n'est pas comparable et ne saurait, dès lors, exiger un traitement identique s'agissant des conditions de changement de sexe ou du droit de se marier²⁴⁶⁹. Une telle solution fait ainsi obstacle aux contestations des transsexuels sur le terrain de la non-discrimination, l'exigence de similitude des situations, premier palier du test de comparaison, n'étant pas remplie selon la Cour. Cette dernière va ainsi directement à contre-courant des instruments adoptés par les instances du Conseil de l'Europe susmentionnés, qui reconnaissent par principe le caractère discriminatoire des désavantages subis par les personnes transgenres.

750. Les instances de l'Union européenne sont davantage en accord sur le caractère discriminatoire des désavantages subis par les personnes transgenres que celles du Conseil de l'Europe, bien que le corpus de textes et de décisions en la matière soit moins fourni en droit de

contre la violence exercée contre les personnes en raison de leur identité de genre et à remédier aux discriminations notamment dans l'accès de ces individus à la reconnaissance juridique, mais aussi aux soins de santé, à l'éducation, à l'emploi, au logement, au droit d'asile ou encore à la vie privée et familiale.

²⁴⁶⁵ HAMMARBERG Thomas, *Droits de l'homme et identité de genre*, Rapport précité ; HAMMARBERG Thomas, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Conseil de l'Europe, décembre 2011.

²⁴⁶⁶ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, recommandation 1117 (1989) du 29 septembre 1989 relative à la condition des transsexuels ; résolution 1728 (2010) du 29 avril 2010 relative de la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ; recommandation 2021 (2013) du 27 juin 2013 sur la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre ; résolution 2048 (2015) du 22 avril 2015 relative à la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe.

²⁴⁶⁷ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, recommandation CM/Rec(2010)5 du 31 mars 2010 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

²⁴⁶⁸ CEDH, 30 novembre 2010, *P. V. c/ Espagne*, n° 35159/09. La requérante, qui s'était vue restreindre son droit de visite à son fils par les juges, estimait avoir subi un traitement discriminatoire en raison de sa transsexualité ; la Cour juge à l'inverse que « la restriction du régime de visites n'a pas été le résultat d'une discrimination fondée sur la transsexualité de la requérante » ; CEDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*, 37359/09. La requérante contestait ici sur le terrain de la discrimination le refus des autorités de lui délivrer un numéro d'identité féminin qui corresponde à son véritable sexe ; elle se plaignait en effet que ce refus l'obligeait « à divulguer l'information confidentielle de son transsexualisme » (point 98) et que la reconnaissance juridique de son genre supposait la cessation de son mariage (point 104). Ces désavantages engendraient selon elle une différence de traitement injustifiée des transsexuels par rapport aux cissexuels ; CEDH, 6 avril 2017, *A. P., Nicot et Garçon c/ France*, n° 79885/12, n° 52471/13 et n° 52596/13.

²⁴⁶⁹ Affaire *Hämäläinen* précitée, point 112.

l'Union européenne. La résolution adoptée par le Parlement en 2011²⁴⁷⁰, les directives relatives respectivement à l'asile²⁴⁷¹ et à la criminalité²⁴⁷² de 2011 et de 2012, ainsi que les différents rapports élaborés à ce sujet²⁴⁷³, appellent les États membres et la Commission à reconnaître et à remédier aux discriminations, dont les violences, touchant les personnes transgenres. Toutefois, le droit de l'Union européenne n'interdit pas expressément les discriminations fondées sur l'identité de genre²⁴⁷⁴, pouvant constituer un obstacle pour les requérants sur le terrain contentieux. La Cour de justice de l'Union européenne a toutefois contourné ce problème dès 1996 en reconnaissant la protection des personnes transsexuelles sur le terrain de la non-discrimination fondée sur le motif du sexe. Dans l'affaire *P. contre S. et Cornwall County Council*, la Cour de justice a ainsi considéré que le licenciement d'une personne transsexuelle, pour un motif lié à sa conversion sexuelle, constituait bien une discrimination fondée sur le sexe, et était dès lors contraire à la directive de 1976 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes²⁴⁷⁵. Le raisonnement de la Cour ne s'affranchit toutefois pas du test de comparaison lié à l'égalité formelle et les juges peinent ici à trouver le comparateur approprié pour conclure à une discrimination fondée sur le sexe. La simple comparaison des situations entre hommes et femmes ne permet en effet pas de conclure à une différence de traitement illégitime dans ce contexte. La Cour effectue alors une comparaison *hypothétique* entre la personne qui a subi une conversion sexuelle et une personne du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération. Mais n'aurait-il pas été plus logique de comparer le traitement de la personne transsexuelle avec celui d'une personne n'ayant pas opéré une telle conversion ? Le désavantage subi par le transsexuel se situe en effet dans le fait qu'il est licencié en raison de la discordance entre son sexe d'apparence et son sexe d'origine ou juridique, un désavantage qui ne peut donc pas concerner les personnes cissexuelles. L'approche en termes de discrimination fondée sur le sexe retenue par la Cour – rendue certes nécessaire par l'absence d'un motif de discrimination fondé sur l'identité de genre – rend par conséquent le raisonnement comparatif du juge peu rigoureux. Cet écueil logique

²⁴⁷⁰ Résolution P7_TA(2011)0427 du Parlement européen du 28 septembre 2011 sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

²⁴⁷¹ Article 10 d) de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011.

²⁴⁷² Point 17 de la directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012.

²⁴⁷³ CASTAGNOLI Christina, Rapport fait pour la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, *Les droits des personnes transgenres dans les États membres de l'Union européenne*, 2010, URL : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/425621/IPOL-LIBE_NT\(2010\)425621_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/425621/IPOL-LIBE_NT(2010)425621_FR.pdf); Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Être trans dans l'Union européenne. Analyse comparative des données de l'enquête sur les personnes LGBT dans l'UE*, 2014, URL : http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_fr.pdf.

²⁴⁷⁴ Le rapport de Thomas Hammarberg de 2009 faisait part d'une révision prochaine des directives de l'Union européenne relatives aux discriminations (directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 et directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006) afin d'y inclure l'identité de genre comme motif de discrimination (*op. cit.*, p. 10), mais une telle évolution n'a pas eu lieu.

²⁴⁷⁵ CJCE, 30 avril 1996, *P c/ S et Cornwall County Council*, C-13/94, point 20.

pourrait être résolu par l'interdiction explicite des discriminations fondées sur l'identité de genre en droit de l'Union européenne, solution aujourd'hui consacrée par le droit français.

751. **L'intégration en droit français de l'identité de genre comme critère de discrimination.** Le législateur a d'abord choisi en 2012 d'intégrer l'« identité sexuelle » au sein des motifs de discrimination prohibés par le Code pénal, le Code du travail et le statut général des fonctionnaires²⁴⁷⁶. Si le législateur était alors guidé par la volonté de remédier aux discriminations subies par les personnes transgenres²⁴⁷⁷, nombre de parlementaires, ainsi que le gouvernement, se sont en effet opposés à l'introduction au sein des textes juridiques de la notion d'« identité de genre », jugée trop imprécise²⁴⁷⁸ et issue d'une théorie du genre considérée comme « infondée »²⁴⁷⁹ et « révolutionnaire »²⁴⁸⁰. Certains prônaient pourtant la reconnaissance de la notion d'« identité de genre » afin d'éviter, par l'usage de celle d'« identité sexuelle », une confusion entre, d'un côté, l'orientation sexuelle se rapportant à « l'attraction émotionnelle, affective et sexuelle » et, de l'autre, le genre entendu comme la perception par l'individu de son identité masculine ou féminine²⁴⁸¹. De même, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a insisté sur l'intégration de la notion d'« identité de genre » au lieu de celle d'« identité sexuelle »²⁴⁸². Elle a ainsi souligné que des discriminations se produisent, lors de la phase de conversion, en raison de la discordance entre, d'un côté, le sexe juridique mentionné à l'état civil et sur les documents d'identité et, de l'autre, le sexe dans lequel l'individu se revendique et dont elle a l'apparence : « Cette dichotomie entrave notamment leur accès au logement, à l'emploi et aux droits sociaux »²⁴⁸³. Plusieurs décisions du Défenseur des droits – dont la décision-cadre du 24 juin 2016²⁴⁸⁴ – ont dans le même sens condamné des situations discriminatoires découlant de ruptures

²⁴⁷⁶ Article 4 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

²⁴⁷⁷ Voir l'intervention de Michelle Meunier lors de la séance du 11 juillet 2012 au Sénat, p. 2034.

²⁴⁷⁸ Voir l'intervention de la ministre Najat Vallaud-Belkacem lors de la séance du 12 juillet 2012 au Sénat, p. 2128.

²⁴⁷⁹ Voir l'intervention de Jean-Frédéric Poisson lors de la séance du 24 juillet 2012 à l'Assemblée nationale, p. 2424.

²⁴⁸⁰ Voir l'intervention de Philippe Gosselin lors de la séance du 24 juillet 2012 à l'Assemblée nationale, p. 2423 : « Rappelons que cette théorie du genre est radicale : c'est une forme de révisionnisme anthropologique à proprement parler révolutionnaire, je n'hésite pas à le dire, sachant que mes propos susciteront le débat. À partir du moment où cette théorie repose sur des éléments sociologiques et philosophiques – que je veux bien comprendre – voire plutôt politiques et militants, je m'étonne que l'on puisse l'introduire dans un texte de droit positif, sur un tel sujet qui cherche plutôt à nous rassembler ».

²⁴⁸¹ Voir l'intervention de Sergio Coronado, lors de la séance du 24 juillet 2012 à l'Assemblée nationale, p. 2376.

²⁴⁸² CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil du 27 juin 2013, URL : http://www.cncdh.fr/sites/default/files/avis_cncdh_identite_de_genre_27_juin_2013_1.pdf. Trois arguments sont développés par la Commission en ce sens : tout d'abord, l'introduction du critère de l'identité de genre permettrait de mettre le droit français en conformité avec le droit international et européen ; ensuite, le choix du terme « identité de genre » permettrait d'éviter l'amalgame entre les transgenres et les homosexuels, en montrant que la « transidentité est une question d'identité et non de sexualité » ; enfin, l'usage du terme de « genre » conduirait à se départir d'une approche biologique du sexe, en reconnaissant « l'expérience intime et personnelle qui est indépendante de la morphologie des personnes », ce qui permettrait de mieux protéger les transgenres qui n'ont pas subi d'opération de conversion sexuelle.

²⁴⁸³ Avis sur l'identité de genre précité, p. 6.

²⁴⁸⁴ Décision-cadre du Défenseur des droits MLD-MSP-2016-164 du 24 juin 2016.

de promesse d'embauche²⁴⁸⁵, de harcèlement moral de la part de l'employeur²⁴⁸⁶, allant jusqu'à contraindre à la démission²⁴⁸⁷. Les désavantages dont font l'objet les transgenres sur le marché du travail sont également qualifiés par la Haute Autorité de santé de discriminations, dans un argumentaire semblable à celui de la Cour de justice²⁴⁸⁸.

752. Le législateur s'est en définitive départi, avec la loi pour la modernisation de la justice de 2016, de la notion d'« identité sexuelle », pour se rallier à celle d'« identité de genre » comme motif de discrimination prohibé²⁴⁸⁹. Ce choix n'a suscité aucune opposition franche, contrairement à ce qui s'était produit lors des débats de 2012 : la notion d'« identité de genre » a en effet été introduite discrètement, à la suite de l'extension de la liste des motifs de discriminations, adoptée par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, à l'initiative de la commission des lois constitutionnelles²⁴⁹⁰. La loi « égalité et citoyenneté » de 2017 a par la suite remplacé la notion d'« identité sexuelle » par celle d'« identité de genre » dans tous les énoncés juridiques où elle figurait²⁴⁹¹, le Conseil constitutionnel ayant considéré cette notion comme suffisamment précise²⁴⁹², contrairement à ce que soutenaient certains parlementaires²⁴⁹³.

753. L'objectif de lutte contre les discriminations à l'encontre des personnes transgenres mis en avant en 2016²⁴⁹⁴ a directement influencé la simplification de la procédure de changement de sexe²⁴⁹⁵. Celle-ci permet dès lors d'éviter une discordance trop longue entre le sexe d'apparence et le sexe juridique des individus transgenres, source de discriminations et de « violences

²⁴⁸⁵ Décision MLD-2013-203 du 4 novembre 2013 relative à une rupture de promesse d'embauche en lien avec l'identité sexuelle.

²⁴⁸⁶ Décision MLD-2012-22 du 28 mars 2012 relative à un harcèlement moral en raison d'un trouble d'identité sexuelle.

²⁴⁸⁷ Délibération n° 2008-190 du 15 septembre 2008 relative à l'inadéquation entre l'apparence physique d'une personne transsexuelle et son numéro de sécurité sociale.

²⁴⁸⁸ Rapport de la Haute Autorité de santé précité, p. 43 : « Au regard du droit du travail, l'article L. 122-45 du Code du travail, issu de la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990, précise qu'est interdit "tout licenciement en raison des mœurs ou du sexe du salarié". Par conséquent, le licenciement, voire même le traitement inégal d'un salarié en raison de sa conversion sexuelle, constitue une discrimination au regard de la réglementation sur le travail ».

²⁴⁸⁹ Article 86 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, modifiant la loi du 27 mai 2008 relative aux discriminations, ainsi que l'article 225-1 du Code pénal. L'article 87 de la loi prévoit quant à lui que l'article L. 1132-1 du Code du travail renvoie désormais, par souci d'harmonisation, à la liste des motifs de discrimination prohibés par la loi du 27 mai 2008 et, partant, à l'interdiction des discriminations fondées sur l'identité de genre.

²⁴⁹⁰ CLÉMENT Jean-Michel et LE BOUILLONEC Jean-Yves, Rapport n° 3904 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 30 juin 2016, p. 111.

²⁴⁹¹ Article 207 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté. L'article 170 de la loi introduit la notion d'« identité de genre » dans les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui prévoient des circonstances aggravantes pour l'injure, la diffamation et l'incitation à la haine et à la violence commise en raison de certains motifs.

²⁴⁹² Cons. constit., 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC, loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, cons. 89.

²⁴⁹³ Voir la saisine par soixante sénateurs n° 2016-745 DC, point 24.

²⁴⁹⁴ Un tel objectif a été exposé explicitement lors de débats parlementaires, notamment par la députée Pascale Crozon, débats parlementaires relatifs au projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, première séance du 12 juillet 2016 à l'Assemblée nationale, p. 5325.

²⁴⁹⁵ Voir l'intervention du ministre de la Justice Jean-Jacques Urvoas lors de la séance du 12 octobre 2016 à l'Assemblée nationale, p. 6144 : « C'est faire œuvre utile que de mettre fin à des situations de souffrance et de discrimination. En simplifiant et en démedicalisant la procédure de changement de sexe à l'état civil, les personnes transgenres pourront bénéficier le plus rapidement possible de papiers en adéquation avec leur identité ».

institutionnelles et sociales»²⁴⁹⁶. Certains parlementaires insistent sur le « harcèlement permanent » subi par les personnes transgenres et le « taux de suicide élevé » parmi eux²⁴⁹⁷. Le lien entre l'autodétermination de son sexe juridique par les individus, par la suppression de conditions imposées par la jurisprudence à cette fin, et la lutte contre les discriminations subies par les transgenres est clairement souligné. Dès lors que les instances internationales, européennes et internes, y compris le législateur, reconnaissent que les discriminations à l'encontre des personnes transgenres ont pour origine la discordance entre le sexe d'apparence ou le sexe social et le sexe juridique, il paraissait logique que la remise en cause de telles discriminations implique de remédier à cette discordance, en facilitant la procédure de changement de sexe à l'état civil, ce qui a été fait avec la loi de 2016.

754. Toutefois, les réformes de 2012 et de 2016 ont eu peu de répercussions sur le plan contentieux, la discrimination fondée sur l'identité sexuelle ou de genre demeurant exceptionnellement invoquée devant les juridictions et, lorsque c'est le cas, rarement sanctionnée par les juges²⁴⁹⁸. On peut mentionner toutefois une affaire jugée par la Cour d'appel de Montpellier de 2009 – avant même l'intégration par le législateur de l'identité sexuelle comme critère de discrimination – dans laquelle les juges considèrent comme discriminatoire le licenciement d'un salarié intervenu à la suite de la prise de connaissance par l'employeur de la transidentité du salarié, l'employeur n'ayant rapporté aucun élément étranger à la discrimination²⁴⁹⁹. Mais si l'intégration de l'identité sexuelle ou de genre comme motif de discrimination ne semble pas avoir eu un impact significatif sur la lutte contre les désavantages touchant les transgenres sur le terrain contentieux, elle rend cependant compte de la prise de conscience du législateur du problème de la discordance entre le sexe psychosocial et le sexe juridique des personnes transgenres.

²⁴⁹⁶ Voir l'intervention de Sergio Coronado lors de la séance du 19 mai 2016 à l'Assemblée nationale, p. 3525.

²⁴⁹⁷ Voir l'intervention de Erwann Binet lors de la séance du 19 mai 2016 à l'Assemblée nationale, p. 3526.

²⁴⁹⁸ Voir par exemple Cass. 1^{ère} civ., 13 février 2013, n° 12-11949. Le moyen soulevé par le requérant estimait, en se fondant sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'était « discriminatoire le fait de subordonner le droit d'obtenir la modification des actes de l'état civil de façon qu'ils reflètent l'identité de genre choisie, à la preuve d'un syndrome de transsexualisme ou de dysphorie de genre et à la preuve d'avoir subi un processus irréversible de changement de sexe » ; sans approfondir la question de la discrimination, la Cour juge simplement que ces conditions n'ont pas de caractère discriminatoire.

²⁴⁹⁹ CA Montpellier, 4^e chambre sociale, 3 juin 2009, n° 08/06324 : dans cette affaire, le requérant, appuyé par l'intervention de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations (HALDE), contestait comme discriminatoire son licenciement, décidé par son employeur suite à « l'annonce par le salarié de sa transidentité et de son choix de changer d'apparence physique et de genre ». Pour la HALDE, en effet, « l'attitude de l'employeur et son choix d'évincer le salarié, ne sont fondés que sur son changement de sexe ». Les juges estiment que « l'employeur ne rapporte pas la preuve, au sens de l'article 1134-1 du Code du travail, que cette sanction et le comportement général qu'il a adopté à l'égard du salarié, desquels il est résulté l'impossibilité pour ce dernier de reprendre normalement son travail, sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, alors qu'il est constant que le salarié avait à la mi-septembre 2006 officiellement annoncé à son employeur sa transidentité et son choix de changer d'apparence physique et de genre ».

755. La reconnaissance de l'identité de genre comme élément distinct du sexe biologique constitue par conséquent un changement de paradigme significatif dans la compréhension des discriminations, tout du moins sur le plan théorique. En acceptant la dimension psychosociale du sexe, le droit français admet désormais qu'il puisse y avoir une discordance entre le sexe assigné par l'État à la naissance et l'identité de genre à laquelle l'individu à la conviction d'appartenir, et qu'une telle discordance peut être source de discriminations. Ce changement de paradigme a conduit le législateur à accepter que le sexe juridique des individus transidentitaires puisse être modifié sur la base de leur appréciation. Cette reconnaissance de la déconnexion entre le sexe biologique et l'identité de genre marque une première étape dans la protection, sur le terrain de la non-discrimination, des individus dont le rôle de genre ne correspond pas à celui qui est attendu d'eux au regard de leur sexe juridique, conformément aux stéréotypes de genre. Au-delà de la question de la transidentité, certaines évolutions juridiques visent désormais à la protection des individus, hommes ou femmes, contre les désavantages provenant de stéréotypes de genre.

B. La sanction des discriminations fondées sur des stéréotypes de genre

756. La conceptualisation des discriminations fondées sur l'identité de genre vise à saisir les situations où les individus transgenres se trouvent désavantagés en raison de l'absence de modification de leur sexe juridique en accord avec leur sexe psychosocial ; c'est en raison du refus d'assignation à un nouveau sexe correspondant à leur identité de genre qu'ils sont discriminés. S'agissant des discriminations fondées sur les stéréotypes de genre²⁵⁰⁰, c'est bien l'assignation elle-même des individus aux rôles sociaux masculins et féminins qui conduit à des désavantages pour certains d'entre eux.

757. Il a déjà été montré que l'application du principe d'égalité, dans son sens formel, a conduit, à travers l'indifférenciation des énoncés juridiques au regard du sexe, à remettre en cause au sein du droit l'assignation traditionnelle aux rôles de genre. L'effacement progressif de la différenciation entre les sexes au sein des énoncés juridiques a en partie remis en cause l'assignation directe, par le droit, des femmes à la sphère domestique et les hommes à la sphère publique et aux fonctions de responsabilité et de direction dans les deux sphères²⁵⁰¹. Mais on

²⁵⁰⁰ Contrairement à la reconnaissance juridique des discriminations fondées sur l'identité de genre qui s'est manifestée par l'intégration législative d'un nouveau critère spécifique de discrimination, la prise en compte juridique des discriminations découlant des stéréotypes de genre ne s'est pas traduite par l'émergence d'un nouveau critère de discrimination, mais surtout par l'évolution des politiques publiques (voir par exemple la loi du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur, modifiant l'article L. 123-6 du Code de l'éducation : « Le service public de l'enseignement supérieur mène une action contre les stéréotypes sexuels... ») ainsi que, et c'est cela qui retiendra ici notre attention, du mode de raisonnement des juges par rapport au critère existant du sexe.

²⁵⁰¹ ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre : “vieilles lunes” ou nouvelles perspectives pour le droit ? », in PICHARD Marc, ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 98.

constate l'émergence, dans certains textes et décisions relatifs à la non-discrimination, d'une nouvelle dynamique prenant acte de la persistance de l'inégalité des rôles sociaux dans les faits. Celle-ci vise explicitement à lutter contre les stéréotypes de genre persistant dans le droit et dans les faits : dans ce cas, la norme ou la pratique est alors considérée comme discriminatoire, non pas uniquement parce qu'elle instaure une différence de traitement, mais surtout parce qu'elle repose sur un préjugé sexiste ou qu'elle perpétue un stéréotype de genre²⁵⁰², désavantageant les femmes comme les hommes. Il convient toutefois de préciser que cette évolution du droit de la non-discrimination ne tend pas à supprimer tous les stéréotypes de genre, mais seulement ceux qui créent des « hiérarchies dans les rapports sociaux de sexe » et « conduisent à occulter les caractéristiques ou aspirations personnelles des individus, aboutissant ainsi à méconnaître les droits et libertés »²⁵⁰³.

758. L'action contre les stéréotypes de genre demeure toutefois une simple tendance parmi les acteurs du droit de la non-discrimination, émergeant uniquement dans certains textes juridiques et dans la pratique de certains juges (1). Une telle approche suscite, en outre, des interrogations quant à la preuve des discriminations fondées sur des stéréotypes de genre, mais aussi quant à ses impacts potentiellement négatifs sur les dispositifs avantageant les femmes (2).

- 1) La remise en cause ponctuelle des stéréotypes de genre dans le contentieux de la non-discrimination

759. Nombreux sont les textes juridiques et les rapports institutionnels, au niveau international²⁵⁰⁴, européen²⁵⁰⁵ et interne²⁵⁰⁶, qui font désormais état du rôle des stéréotypes dans la

²⁵⁰² Sur la différence entre les notions de « stéréotype » et de « préjugé », voir LEGAL Jean-Baptiste, DELOUVÉE Sylvain, *Stéréotypes, préjugés et discrimination*, Paris, Dunod, 2^e édition, 2015, p. 9 : « Il est possible de définir un stéréotype comme un ensemble de croyances à propos d'un groupe social [...]. Si les stéréotypes ont une valeur de connaissance (même si ces connaissances sont simplificatrices et/ou déformantes de la réalité), les préjugés ont quant à eux une dimension affective. Gergen, Gergen et Jutras (1981) définissent le préjugé comme "une prédisposition à réagir défavorablement à l'encontre d'une personne sur la base de son appartenance à une classe ou à une catégorie de personne". À la différence du stéréotype dont le contenu peut être positif, le préjugé est globalement négatif en termes de valence, même s'il existe des exceptions ».

²⁵⁰³ COOK Rebecca, CUSACK Simone, *Gender Stereotyping. Transnational legal perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010, p. 20.

²⁵⁰⁴ Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations envers les femmes, adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981, et notamment article 5.

²⁵⁰⁵ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée le 11 mai 2011, article 3 : « Le terme "genre" désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes » et article 12 : « Les Parties prennent les mesures nécessaires pour promouvoir les changements dans les modes de comportement socioculturel des femmes et des hommes en vue d'éradiquer les préjugés, les coutumes, les traditions et toute autre pratique fondés sur l'idée de l'infériorité des femmes ou sur un rôle stéréotypé des femmes et des hommes ». S'agissant du droit de l'Union européenne, voir résolution 1751 du 25 juin 2010 sur la lutte contre les stéréotypes sexistes dans les médias ; voir également LIOTARD Kartika Tamara, *Rapport sur l'élimination des stéréotypes liés au genre dans l'Union* (2012/2116(INI)), Parlement européen, Commission des droits de la femme et de l'égalité des genres, décembre 2012.

²⁵⁰⁶ Voir notamment l'étude d'impact du projet de loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, devenu la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, p. 10 ; GRÉSY Brigitte, GEORGES Philippe, *L'égalité entre les filles et les garçons dans les modes d'accueil de la petite enfance*, Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS), décembre 2012, p. 3 ; circulaire du 23 août 2012 relative à la

persistance des inégalités entre les femmes et les hommes, voire qui cherchent à en organiser le cantonnement sinon la sanction, notamment grâce aux outils du droit de la non-discrimination. Ce lien entre stéréotypes et discriminations semble cependant plus difficile à appréhender sur le terrain contentieux, la reconnaissance du caractère discriminatoire des stéréotypes de genre demeurant ponctuelle. L'analyse de certaines décisions significatives, choisies parmi la jurisprudence étatsunienne, européenne, mais aussi interne, montre néanmoins que, s'il demeure rare, un tel mode de raisonnement est bien possible.

760. Parmi les décisions qui offrent une protection aux individus dont le rôle social transgresse la répartition traditionnelle des rôles sociaux, il convient de distinguer deux cas de figure. La lutte contre les stéréotypes de genre sur le terrain contentieux ne se cantonne pas à remettre en cause les désavantages provenant des rôles sociaux que les femmes assument ou refusent d'assumer. Elle conduit aussi à remédier à des désavantages touchant les hommes, lorsque ces derniers ne se conforment pas aux représentations de la « masculinité » – en prenant par exemple part aux fonctions relevant de la sphère privée²⁵⁰⁷.

761. **La sanction des stéréotypes de genre discriminant les femmes.** Deux formes de protection des femmes contre les stéréotypes de genre sont à distinguer : d'une part, la remise en cause de l'assignation même des femmes aux rôles féminins désavantagés, et d'autre part, la sanction de normes ou de pratiques qui désavantagent les femmes qui transgressent une telle assignation.

762. L'action des juges dans la remise en cause des stéréotypes de genre désavantageant les femmes s'est d'abord manifestée, surtout pendant la deuxième moitié du XX^e siècle, à travers la sanction des normes et des pratiques qui assignent les femmes à la sphère privée, au rôle reproducteur, et qui leur dénie une place au sein de la sphère publique. Cette évolution ayant déjà été largement étudiée²⁵⁰⁸, on se contentera ici de souligner le rôle que joue dans le raisonnement des juges la référence aux stéréotypes de genre ou des préjugés sexistes. Une telle référence demeure précisément épisodique, les juges s'appuyant principalement sur l'exigence d'indifférenciation de l'égalité formelle pour sanctionner la différence de traitement. Mais c'est parfois bel et bien la notion de stéréotype que le juge met en avant, par exemple dans le célèbre

mise en œuvre de la politique interministérielle en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes ; NAVES Marie-Cécile, WISNIA-WEIL Vanessa, *Lutter contre les stéréotypes filles-garçon. Un enjeu d'égalité et de mixité dès l'enfance*, Premier ministre, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, janvier 2014 ; Haut Conseil à l'égalité, *Pour l'égalité femmes-hommes et contre les stéréotypes de sexe, conditionner les financements publics*, Rapport n° 2014-10-20-STER-013 relatif à la lutte contre les stéréotypes, publié le 20 octobre 2014.

²⁵⁰⁷ ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre : “vieilles lunes” ou nouvelles perspectives pour le droit ? », *op. cit.*, p. 121.

²⁵⁰⁸ Cf. partie I, titre II, chapitre I.

arrêt *Marschall* de la Cour de justice²⁵⁰⁹. Le constat de la persistance de ces stéréotypes de genre conduit la Cour à conclure que les hommes et les femmes n'ont pas des chances égales quant à l'accès à l'emploi, ce qui justifie l'adoption de mesures positives. Dans d'autres arrêts, la référence est parfois implicite²⁵¹⁰ : la Cour de justice se fonde alors sur l'effacement des rôles de genre traditionnels, pour récuser les mesures paternalistes visant à protéger les femmes en leur déniaient l'accès au travail de nuit²⁵¹¹ ou aux emplois policiers ou militaires exigeant le maniement d'armes²⁵¹². Dans ce contexte, les juges admettent que les femmes sont désavantagées précisément parce qu'il leur est interdit d'assumer des rôles sociaux masculins. C'est parce que le rôle social des femmes coïncide aux représentations sociales qui les cantonnent à la sphère domestique qu'elles sont exclues de la sphère publique ou professionnelle dévolue traditionnellement aux hommes. Remédier aux stéréotypes de genre implique, par conséquent, de sanctionner les dispositifs prévoyant une telle assignation, afin de permettre aux femmes l'accès à la sphère publique.

763. La Cour européenne des droits de l'homme s'est également appuyée sur la notion de stéréotype de genre pour sanctionner des discriminations touchant des femmes sur le fondement de l'article 14 de la Convention, parfois implicitement²⁵¹³, mais aussi explicitement, par exemple dans l'arrêt *Carvalho Pinto* rendu en 2017²⁵¹⁴. Dans cette affaire, la requérante estimait que l'indemnisation de son préjudice subi à la suite d'une opération gynécologique l'ayant privé d'une vie sexuelle épanouie était dérisoire et discriminatoire, car elle reposait sur une représentation stéréotypée de la sexualité féminine. La Cour s'écarte ici d'une méthode classique d'appréciation de la discrimination²⁵¹⁵ : c'est parce que la décision litigieuse repose sur le stéréotype selon lequel

²⁵⁰⁹ CJCE, 11 novembre 1997, *Hellmut Marschall c/ Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, point 29 : « Même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active et de la crainte, par exemple, que les femmes interrompent plus fréquemment leur carrière, que, en raison des tâches ménagères et familiales, elles organisent leur temps de travail de façon moins souple ou qu'elles soient plus fréquemment absentes en raison des grossesses, des naissances et des périodes d'allaitement ».

²⁵¹⁰ ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre : “vieilles lunes” ou nouvelles perspectives pour le droit ? », *op. cit.*, p. 102.

²⁵¹¹ CJCE, 25 juillet 1991, *Alfred Stoeckel*, C-345/89, point 18 : « Le souci de protection qui a inspiré à l'origine l'interdiction de principe du travail de nuit féminin n'apparaît plus fondé, et le maintien de cette interdiction, en raison de risques qui ne sont pas propres aux femmes [...] ne peut pas trouver sa justification dans [la] directive ».

²⁵¹² CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, C-222/84 ; CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, C-285/98, point 30 : « S'agissant de l'application éventuelle de l'article 2, paragraphe 3, de la directive [...], cette disposition [...] vise à assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme et, d'autre part, les rapports particuliers entre la femme et son enfant. Elle ne permet donc pas d'exclure les femmes d'un emploi au motif qu'elles devraient être davantage protégées que les hommes contre des risques qui sont distincts des besoins de protection spécifiques de la femme tels que les besoins expressément mentionnés ».

²⁵¹³ CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zgraggen c/ Suisse*, n° 14518/89. Dans cette affaire, la Cour juge que la décision des juges suisses de supprimer la pension d'invalidité de la requérante constitue une discrimination contraire à l'article 14 combiné avec l'article 6-1 de la CEDH, car le Tribunal a fondé sa décision sur une « hypothèse tirée de l'expérience de la vie courante », à savoir « la cessation d'activité des femmes devenues mères ». Cet argument constituait « l'unique base de la motivation adoptée, revêtant ainsi un caractère décisif, et introduit une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe ».

²⁵¹⁴ CEDH, 25 juillet 2017, *de Sousa Morais c/ Portugal*, n° 17484/15.

²⁵¹⁵ Voir sur ce point : CARAYON Lisa, MATIUSI Julie, « Le prix du genre », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 12 mars 2018.

la sexualité des femmes quinquagénaires mères de famille aurait peu d'importance, corroborant les préjugés dominants au sein de la juridiction portugaise, qu'elle revêt un caractère discriminatoire²⁵¹⁶. C'est bien le désavantage fondé sur une représentation de la sexualité féminine, différente de celle des hommes²⁵¹⁷, cantonnant les femmes quinquagénaires aux rôles de mère et d'épouse qui est ici sanctionné par la Cour européenne.

764. Mais la lutte contre les stéréotypes de genre sur le terrain contentieux a aussi pu conduire à sanctionner les normes ou les pratiques qui désavantagent les femmes transgressant le rôle social traditionnellement associé au féminin. Sur ce point, on peut citer l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Price Waterhouse c/ Hopkins* de 1989. En l'espèce, la candidature d'une femme pour une promotion en tant qu'associée avait été rejetée, en raison des évaluations faites par les partenaires du cabinet de conseil en cause. Ceux-ci avaient estimé que son comportement social était agressif, brusque, impatient, et qu'il était difficile de travailler avec elle. Surtout, ils lui reprochaient un comportement « machiste » peu convenable pour une femme, et lui recommandaient de prendre des cours « à l'école du charme »; un des partenaires lui recommandait ainsi, pour augmenter ses chances d'avoir le poste, de marcher, de parler, de s'habiller de façon plus féminine, de porter du maquillage et des bijoux et d'aller chez le coiffeur²⁵¹⁸.

765. Pour les juges, il y avait donc « des signes clairs que plusieurs partenaires [aivaient] réagi négativement à la personnalité de Hopkins parce qu'elle était une femme »²⁵¹⁹. Mais encore fallait-il prouver que ces stéréotypes avaient eu un impact sur la décision finale; or, la requérante a réussi à prouver que les stéréotypes de genre avaient été un facteur déterminant dans le rejet de sa candidature²⁵²⁰, conduisant la Cour suprême à admettre le caractère discriminatoire de la décision²⁵²¹. L'intérêt de cette décision est donc bien la reconnaissance par les juges du lien direct

²⁵¹⁶ Affaire *Carvalho Pinto* précitée, point 52.

²⁵¹⁷ Affaire *Carvalho Pinto* précitée, point 55. Dans deux autres affaires similaires mais concernant des hommes, les juges portugais avaient estimé que la perte par ceux-ci de leur vie sexuelle avait affecter leur estime de soi, et entraîné un choc terrible et traumatisme mental sévère, conduisant les juges à accorder une réparation plus importante de leur préjudice.

²⁵¹⁸ United States Supreme Court, 1^{er} mai 1989, *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989).

²⁵¹⁹ *Ibid.* : « *There were clear signs, though, that some of the partners reacted negatively to Hopkins' personality because she was a woman* ».

²⁵²⁰ *Ibid.* : « *Remarks at work that are based on sex stereotypes do not inevitably prove that gender played a part in a particular employment decision. The plaintiff must show that the employer actually relied on her gender in making its decision. In making this showing, stereotyped remarks can certainly be evidence that gender played a part. In any event, the stereotyping in this case did not simply consist of stray remarks. On the contrary, Hopkins proved that Price Waterhouse invited partners to submit comments; that some of the comments stemmed from sex stereotypes; that an important part of the Policy Board's decision on Hopkins was an assessment of the submitted comments; and that Price Waterhouse in no way disclaimed reliance on the sex-linked evaluations* ».

²⁵²¹ Toutefois, pour la Cour suprême, les juges du fond ont commis une erreur en s'abstenant de rechercher si l'employeur aurait pris la même décision s'il n'avait pas pris en compte le genre de la requérante : « *Preservation of employer's freedom of choice means that an employer will not be liable if it can prove that, if it had not taken gender into account, it would have come to the same decision [...] Because the courts below erred by deciding that the defendant must make this proof by clear and convincing evidence, we reverse the Court of Appeals' judgment against Price Waterhouse on liability and remand the case to that court for further proceedings* ».

entre les stéréotypes de genre et la discrimination : cette dernière est dans ce cas constituée par le traitement défavorable de l'employée, non pas en raison de son appartenance à un sexe, mais du fait que son comportement social ne correspond pas au modèle implicite du genre féminin. Il s'agit ainsi davantage d'une discrimination fondée sur le genre comme sexe social, que d'une discrimination fondée sur le sexe de la requérante. Un tel raisonnement a également pu être retenu par certains juges en faveur de requérants hommes ayant été désavantagés parce qu'ils assumaient un rôle social féminin.

766. **La sanction des stéréotypes de genre discriminant les hommes.** L'émergence de la remise en cause des stéréotypes de genre sur le terrain judiciaire aux États-Unis dans les années 1970 a contribué à remédier aux inégalités touchant les hommes, dans un contexte intellectuel déjà favorable à la lutte contre les stéréotypes défavorables aux personnes de couleur, aux femmes et aux homosexuels²⁵²². Ruth Bader Ginsburg, aujourd'hui juge à la Cour suprême des États-Unis, et à l'époque avocate du mouvement pour les droits civiques, a été à l'initiative de cette démarche, en décidant de contester la constitutionnalité des normes inégalitaires par l'action de requérants hommes²⁵²³. L'idée, déjà présente en Suède dans les années 1960 avec le mouvement de « l'émancipation de l'homme »²⁵²⁴, était alors de montrer que les hommes rejetant ou ne satisfaisant pas les normes de genre, comme les pères au foyer ou les hommes s'occupant de leurs parents âgés, dont les femmes contribuaient au soutien financier, étaient également discriminés par les différences de traitement fondées sur des stéréotypes de genre. Plusieurs procès ont ainsi conduit à invalider, sur le terrain de la non-discrimination, des dispositifs déniés aux hommes en matière de protection sociale, d'emploi ou encore de formation. Par exemple, la règle qui impose aux maris et non aux femmes de payer une pension alimentaire en cas de divorce constitue une violation du principe d'égalité, car « elle reflète une préférence de l'État pour une allocation de responsabilité familiale selon laquelle la femme assume un rôle de dépendance au mari »²⁵²⁵. Dans le raisonnement des juges, il apparaît donc que le démantèlement des stéréotypes de genre qui désavantagent directement des requérants hommes permet aussi

²⁵²² ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre : “vieilles lunes” ou nouvelles perspectives pour le droit ? », *op. cit.*, p. 99.

²⁵²³ FRANKLIN Cary, « The anti-stereotyping principle in constitutional sex discrimination law », *New York Law Review*, Vol. 85, 2010, p. 84.

²⁵²⁴ FRANKLIN Cary, « The anti-stereotyping principle in constitutional sex discrimination law », *op. cit.*, p. 97.

²⁵²⁵ United States Supreme Court, 5 mars 1979, *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979). De même, la disposition qui prévoit une allocation aux veuves en cas de décès du mari, mais qui, en cas de décès de l'épouse, réserve cette allocation à l'enfant survivant et non au mari survivant, a été jugée en droit étatsunien contraire au principe d'égalité issu du quatorzième amendement de la Constitution (United States Supreme Court, 19 mars 1975, *U.S. Supreme Court Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975)). La Cour suprême s'est également fondée sur l'argumentaire anti-stéréotype pour invalider une règle qui excluait les hommes des écoles d'infirmière, celle-ci renforçant « la crédibilité de la vieille représentation selon laquelle seules les femmes et non les hommes, doivent devenir infirmières, et fait de l'idée selon laquelle la profession d'infirmier est un champ dévolu aux femmes une prophétie auto-réalisatrice » (United States Supreme Court, 1^{er} juillet 1982, *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982)).

indirectement de remettre en cause les représentations néfastes à l'autonomie des femmes, ce qui tend ainsi à réaliser l'égalité réelle.

767. Ce mode de raisonnement a été en partie repris outre-Atlantique, de façon toutefois très ponctuelle, par les juges européens²⁵²⁶. La Cour européenne des droits de l'homme a d'abord sanctionné des discriminations touchant des requérants masculins sans mentionner explicitement la notion de stéréotype ; dans ces affaires les requérants s'étaient pourtant bien vus dénier un droit en raison de la non-conformité de leur situation personnelle aux attentes sociales fondées sur des stéréotypes de genre²⁵²⁷. La notion de « stéréotype » est explicitement apparue dans l'arrêt *Konstantin Markin c/ Russie* du 22 mars 2012. En l'espèce, les autorités russes avaient refusé d'accorder un congé parental de trois ans à un homme militaire, père de trois enfants, réservant l'octroi d'un tel congé aux femmes militaires. La Cour constitutionnelle russe avait considéré que la différence de traitement au regard du congé parental entre les hommes et les femmes n'était pas constitutive d'une discrimination, en raison du rôle spécifique des femmes en tant que mères, qui excluait la nécessité de la présence du père pour la prise en charge des enfants. La Cour européenne a d'abord estimé, au contraire, qu'il n'existait pas de différence de situation entre les hommes et les femmes s'agissant des soins apportés aux enfants susceptibles de justifier une différence de traitement²⁵²⁸. Elle a de plus jugé que le gouvernement russe n'avait pas apporté la preuve d'une justification objective et raisonnable permettant de légitimer la différence de traitement. Selon la Cour, « la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes dans la société ne peut servir à justifier l'exclusion des hommes, y compris ceux travaillant dans l'armée, du droit au congé parental ; les stéréotypes liés au sexe – telle l'idée que ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent – ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante de la différence de traitement en cause, pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle »²⁵²⁹.

768. Les juges considèrent donc comme une discrimination contraire à l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention, la différence de traitement fondée sur un stéréotype de genre

²⁵²⁶ ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre : “vieilles lunes” ou nouvelles perspectives pour le droit ? », *op. cit.*, p. 101.

²⁵²⁷ Par exemple, sont considérées comme des discriminations : l'interdiction pour les hommes mariés de pouvoir adjoindre à leur nom celui de leur épouse (CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, n° 16213/90) ; l'obligation faite aux hommes d'accomplir un service de sapeur-pompier (CEDH, 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, n° 13580/88).

²⁵²⁸ CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c/ Russie*, n° 30078/06, point 132. Dans une affaire similaire (CEDH, 2 octobre 2013, *Huléa c/ Roumanie*, n° 33311/05), la Cour conclut à la discrimination à l'encontre du requérant sans toutefois se fonder sur un raisonnement anti-stéréotype.

²⁵²⁹ *Ibid.* points 140-143 : « Les sociétés européennes contemporaines ont évolué vers un partage plus égalitaire entre les hommes et les femmes des responsabilités en matière d'éducation des enfants, et que le rôle des pères auprès des jeunes enfants est mieux reconnu ».

répartissant les rôles sociaux entre hommes et femmes comme suit : la femme, même militaire, devant prioritairement consacrer son activité au soin des enfants et l'homme militaire, devant en priorité consacrer sa vie à la défense nationale. Mais si le raisonnement de la Cour a permis de condamner sur le terrain de la non-discrimination le déni d'un droit motivé par des stéréotypes de genre, c'est de façon ponctuelle et en laissant de côté la question de l'impact des stéréotypes de genre sur la faible présence des femmes dans l'armée et sur leur situation, souvent désavantageuse, au sein de celle-ci²⁵³⁰.

769. La Cour de justice de l'Union européenne a également reconnu à demi-mot le caractère discriminatoire de certains dispositifs fondé sur des stéréotypes de genre désavantagant les hommes – bien que la notion de « stéréotype » ne soit pas employée à proprement parler. Dans l'affaire *Lommers* de 2001, la Cour de justice a par exemple jugé conforme à l'égalité de traitement la réglementation qui mettait à disposition des fonctionnaires féminins des places de garderie, à condition que les hommes ayant seuls la charge de leurs enfants puissent également en bénéficier dans les mêmes conditions que les femmes²⁵³¹. Les juges concilient ici les mesures préférentielles en faveur des mères de famille confrontées au problème de la garde d'enfants lors de la reprise de l'activité professionnelle, et les intérêts des pères qui se trouvent confrontés au même problème. Elle prend donc acte que les femmes prennent majoritairement en charge la responsabilité des enfants, tout en protégeant également les hommes qui remplissent cette fonction. La solution retenue est ainsi doublement orientée vers l'égalité réelle et la lutte contre l'assignation traditionnelle des rôles sociaux²⁵³² : d'une part, elle protège les femmes qui se trouvent désavantagées, en raison de leur rôle de mère, dans la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle ; d'autre part, elle combat le stéréotype selon lequel seules les femmes et non les hommes seraient confrontés à ce problème. La Cour a été encore plus loin sur une question similaire dans l'affaire *Álvarez* de 2010, en s'opposant à une législation qui réservait aux travailleurs de sexe féminin, mères d'un enfant, un congé dit « d'allaitement » de neuf mois suivant la naissance, et en excluait les travailleurs masculins, pères d'un enfant, se trouvant dans la même situation – l'allaitement pouvant être procuré aussi par les pères²⁵³³. Si les juges admettent qu'un tel congé peut favoriser les femmes en leur permettant de conserver leur emploi tout en consacrant du temps à l'enfant, une telle disposition est « plutôt de nature à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes en maintenant les hommes dans un

²⁵³⁰ TIMMER Alexandra, « Toward an Antistereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 729.

²⁵³¹ CJCE, 19 mars 2002, *H. Lommers c/ Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99.

²⁵³² *Ibid.*, point 41 : « Il convient de relever qu'une mesure telle que celle en cause au principal qui se veut destinée à abolir une inégalité de fait pourrait néanmoins également risquer de contribuer à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes ».

²⁵³³ CJUE, 30 septembre 2010, *Pedro Manuel Roca Álvarez c/ Sesa Start España ETT SA*, C-104/09.

rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale»²⁵³⁴. En plus de souligner les effets néfastes de cette législation sur la situation des hommes, la Cour montre comment les femmes seraient elles-mêmes désavantagées par le congé réservé aux salariées : en déniaut le congé aux pères, une travailleuse indépendante se verrait en effet obligée de « limiter son activité professionnelle et de supporter seule la charge résultant de la naissance de son enfant, sans pouvoir recevoir une aide du père de l'enfant »²⁵³⁵. Par une approche holistique des inégalités de genre, le raisonnement de la Cour de justice montre bien comment une réglementation fondée sur des stéréotypes de genre, défavorisant directement les hommes, conduit aussi, par ricochet, à désavantager les femmes²⁵³⁶. Elle va ainsi plus loin dans son raisonnement que la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Konstantin Markin*, qui s'était arrêtée à l'impact négatif du stéréotype sur les pères prenant la charge des enfants.

770. Les juges européens apparaissent par conséquent enclins à sanctionner, sur le terrain de la non-discrimination, les désavantages touchant les hommes qui ne se conforment pas au rôle de genre attendu d'eux, même si la jurisprudence demeure limitée en la matière. Quant aux juges français, si une approche en termes de stéréotypes de genre n'est pas reconnue explicitement, la sanction des discriminations touchant les hommes qui transgressent les rôles de genre n'est cependant pas totalement ignorée, fût-ce de manière ponctuelle²⁵³⁷. Dans l'affaire dite de « l'homme aux boucles d'oreille »²⁵³⁸ jugée par la chambre sociale de la Cour de cassation en 2012, les juges ont considéré comme discriminatoire²⁵³⁹ le licenciement d'un salarié, chef de rang dans

²⁵³⁴ *Ibid.*, point 36.

²⁵³⁵ *Ibid.*, point 37.

²⁵³⁶ Voir dans le même sens : CJUE, 16 juillet 2015, *Konstantinos Maïstrellis contre Ypourgos Dikaïosynis, Diafaneias kai Anthroponon Dikaïomaton*, C-222/14, point 50.

²⁵³⁷ S'agissant du juge administratif, une affaire jugée en 2009 et en 2011 par le Conseil d'État aurait pu être l'occasion pour celui-ci de sanctionner une discrimination touchant un homme fondée sur un stéréotype. En l'espèce, le ministre de l'Intérieur avait infligé à un fonctionnaire de police une sanction d'exclusion temporaire de ses fonctions de douze mois, dont neuf mois avec sursis, en raison de la longueur de ses cheveux – caractéristique féminine et non masculine – ainsi qu'en raison de fautes commises dans l'accueil du public. Les juges du fond avaient refusé d'annuler une telle décision. Le requérant s'était fondé sur le principe d'égalité entre les agents, qui prohibe les discriminations fondées sur le sexe, pour demander l'annulation de la décision. Mais le Conseil d'État ne se prononce pas sur la question de la discrimination, l'arrêt de la Cour administrative d'appel étant annulé pour d'autres motifs (CE, 30 décembre 2009 et 11 février 2011, n° 326604. Le Conseil d'État approuve l'annulation de l'arrêt de la Cour administrative d'appel pour erreur de droit, celle-ci n'ayant pas recherché si le ministre aurait pris la même sanction s'il ne s'était fondé que sur le motif de la coupe de cheveux). De même, les affaires relatives au refus de la bonification d'ancienneté et de la retraite anticipée aux fonctionnaires masculins auraient pu être l'occasion pour le juge administratif de se prononcer sur la question des stéréotypes de genre sous-tendant un tel refus, en particulier l'idée que les hommes n'interrompent pas leur carrière pour prendre en charge leurs enfants à leur naissance : dans une série d'affaires devant la Cour administrative de Lyon, les requérants faisaient en effet valoir que la motivation du juge de première instance ayant rejeté sa demande était « stéréotypée », mais la Cour fait complètement fi de cette question (CAA de Lyon, 3 avril 2013, n° 12LY02596, puis CAA de Lyon, 3 novembre 2015, n° 12LY02603, n° 12LY02600, n° 13LY00560, n° 13LY00548, n° 13LY00545).

²⁵³⁸ LHERNOULD Jean-Philippe, « L'homme aux boucles d'oreille : liberté ou égalité ? », *Droit social*, 2012, p. 346.

²⁵³⁹ Il est intéressant de souligner que les juges appréhendent la situation davantage sous l'angle de la discrimination (article L. 1132-1 du Code du travail) touchant les hommes, que sous celui de la liberté de se vêtir (protégé par l'article L. 1121-1 du Code du travail). En effet, le moyen soulevé par le requérant fondé sur ce dernier article est jugé inopérant, la Cour d'appel n'en ayant pas fait application.

un restaurant, qui avait refusé d'ôter ses boucles d'oreille durant le service²⁵⁴⁰. La lettre de licenciement de l'employeur faisait état de la discordance entre, d'un côté, l'apparence physique du salarié, son genre et, de l'autre, le genre qui était attendu de lui en tant qu'homme – en particulier par les clients – pour justifier le licenciement. La motivation de l'employeur est directement fondée sur un stéréotype de genre, à savoir que « l'identité masculine serait incompatible avec le port de boucles d'oreille »²⁵⁴¹, qui serait réservé aux femmes. Toutefois, pour constater la discrimination, les juges ne retiennent pas directement le « genre » comme motif de discrimination prohibé, mais estiment que le licenciement avait pour cause « l'apparence physique du salarié rapporté à son sexe ». Si le raisonnement des juges n'est pas fondé en tant que tel sur la sanction des stéréotypes de genre, c'est pourtant bien ce dont il s'agit ici : le salarié est discriminé car son apparence physique ne correspond pas tout à fait à son sexe biologique ou juridique. Un tel raisonnement demeure néanmoins ponctuel chez le juge français, malgré les outils existant pour reconnaître les discriminations liées aux stéréotypes de genre. Par exemple, l'interdiction de la discrimination relative à la situation de famille en droit français pourrait permettre aux juges de protéger autant les hommes que les femmes s'agissant de leur rôle dans les fonctions parentales, et permettre ainsi de sanctionner les désavantages touchant les hommes dont le rôle parental ne correspond pas à son sexe²⁵⁴².

771. La tendance des juges à sanctionner des discriminations fondées sur des stéréotypes touchant les hommes, reflète l'émergence d'une prise de conscience des impacts de la « masculinité » – ou plutôt des « masculinités »²⁵⁴³ – mis en évidence par certains sociologues. Ces études ont mis en exergue le fait que les identités masculines²⁵⁴⁴, comme les identités féminines, ont un caractère socialement construit au terme des rapports de genre²⁵⁴⁵, et que certains individus de sexe « mâle » n'assurent pas nécessairement les rôles sociaux rattachés traditionnellement au masculin. Le concept de masculinité permet ainsi de comprendre que les

²⁵⁴⁰ Cass. soc., 11 janv. 2012, *Sté Bessière frères c/ M. Alister Wyllock*, n° 10-28213.

²⁵⁴¹ LHERNOULD Jean-Philippe, « L'homme aux boucles d'oreille : liberté ou égalité ? », *op. cit.*, p. 346. Les termes de la lettre sont, sur ce point, significatifs : « Votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreille sur l'homme que vous êtes ».

²⁵⁴² MERCAT-BRUNS Marie, « La portée de l'interdiction de licencier au moment du congé de maternité », *Revue du droit du travail*, 2011, p. 31.

²⁵⁴³ CONNELL Raewyn, *Masculinités. Enjeux sociaux de l'hégémonie*, Paris, Édition Amsterdam, 2014, p. 11 : « Connell propose de distinguer plusieurs formes de masculinités. L'une d'entre elles est la masculinité hégémonique, que Connell définit comme une "configuration des pratiques de genre" visant à assurer la perpétuation du patriarcat et la domination des hommes sur les femmes [...]; la masculinité "complice" (lorsque les individus légitiment la masculinité hégémonique, sans nécessairement en tirer bénéfice), la masculinité "subordonnée" (à l'instar de celle des homosexuels, culturellement exclus de la masculinité hégémonique en tant que figure repoussoir de l'hétérosexualité) ou encore la masculinité "marginalisée" (placée sous l'emprise de la dépendance de la masculinité hégémonique) ».

²⁵⁴⁴ KAHN Jack, *An introduction to masculinities*, Wiley-Blackwell, 2009, p. 2.

²⁵⁴⁵ MCGINLEY Ann, COOPER Frank Rudy, « Masculinities, multidimensionality and law : why they need one another », in COOPER Frank Rudy, MCGINLEY Ann, *Masculinities and the law*, New York University Press, 2012, p. 1.

hommes prenant part aux responsabilités familiales se trouvent exclus et désavantagés car ils ne correspondent pas au modèle de la « masculinité hégémonique » – la force, l'indépendance, la logique, la domination²⁵⁴⁶ – celle-ci tendant précisément à maintenir la distinction entre la sphère publique rattachée au pouvoir, et la sphère privée, distinction au fondement de la « position dominante des hommes et la subordination des femmes »²⁵⁴⁷. Dès lors, la modification des rapports de pouvoir entre les sexes impliquerait la déconstruction du modèle de la « masculinité hégémonique » à travers notamment la lutte contre les stéréotypes de genre.

772. La reconnaissance mesurée par les juges du caractère discriminatoire des stéréotypes de genre s'inscrit par conséquent dans une approche réelle et transformative de l'égalité des sexes, tendant à remédier à l'assignation structurelle des femmes et des hommes à des rôles de genre déterminés. De ce point de vue, ces décisions ne se contentent pas d'appliquer l'exigence d'indifférenciation issue du principe d'égalité formelle, mais justifient la sanction des discriminations par la nécessité de remettre en cause, dans les faits, les rôles de genre inégalitaires – une telle perspective demeurant néanmoins largement ignorée du juge français. Mais cette reconnaissance se heurte toutefois à certaines critiques, en particulier quant à la preuve des stéréotypes et quant à la portée de leur remise en cause.

2) Les limites d'une approche des discriminations en termes de stéréotypes de genre

773. L'approche anti-stéréotype ayant été largement développée aux États-Unis, il apparaît judicieux de se concentrer sur des exemples tirés de la jurisprudence étatsunienne pour montrer deux types d'écueils. D'une part, dans le cas où l'auteur de la discrimination est un individu, par exemple un employeur, se pose la question de la preuve du lien entre la prise de décision discriminatoire et le stéréotype de genre. D'autre part, dans le cas où la discrimination émane de normes désavantageant les hommes par rapport aux femmes, la suppression de celles-ci peut aboutir à révoquer en même temps des dispositifs qui, en bénéficiant aux femmes, visaient paradoxalement l'égalité réelle.

774. **La preuve des stéréotypes de genre en question.** La preuve du caractère discriminatoire de certains traitements fondés sur des stéréotypes de genre peut être difficile à rapporter pour les requérants, en particulier lorsque les juges réintroduisent l'examen de la comparaison des traitements entre les femmes et les hommes, lié à l'application de l'égalité formelle. L'affaire *Jespersen contre Harrab's* de 2006 jugée par une Cour d'appel des États-Unis est

²⁵⁴⁶ KAHN Jack, *An introduction to masculinities*, op. cit., p. 47.

²⁵⁴⁷ CONNELL Raewyn, *Masculinities. Enjeux sociaux de l'hégémonie*, op. cit., p. 74.

significative des contraintes liées au test de comparaison²⁵⁴⁸. En l'espèce, l'employeur avait mis fin au contrat de la requérante employée comme barmaid, après avoir durci sa politique en matière d'uniforme pour tout le personnel : il était requis des femmes de porter du maquillage et aux hommes de ne pas en porter ; ces derniers devaient également avoir des cheveux coupés court. La requérante avait refusé de se soumettre à l'exigence du maquillage et, pour cette raison, elle fut licenciée. Pour établir la discrimination, il revenait d'abord à la requérante de rapporter des éléments de preuve (« *prima facie case* ») attestant que la décision de l'employeur était soit motivée par une intention discriminatoire, soit constitutive d'effet discriminatoire sur le fondement du genre. La requérante a dès lors cherché à montrer que la politique de l'employeur relative aux uniformes était elle-même intentionnellement discriminatoire, car elle instaurait une différence de traitement entre les sexes fondée sur un stéréotype de genre.

775. Mais pour les juges, il aurait fallu rapporter la preuve que ces stéréotypes conduisaient à imposer une « charge inégale » (« *unequal burden* ») sur les femmes et les hommes. Or, l'employeur imposait tout autant aux hommes des consignes d'apparence, tenant à la coupe de cheveux. La requérante n'a pas réussi à prouver que l'exigence du maquillage imposait une charge particulière aux femmes, alors qu'elle avait pourtant rapporté que le maquillage coûtait cher et prenait plus de temps qu'une simple coupe de cheveux. De même, son appréciation subjective du maquillage – jugé dégradant et attentatoire à l'estime de soi – n'a pas suffi à établir la charge inégale pesant sur les femmes contraintes d'en porter. La Cour juge que, parce qu'elles s'appliquent autant aux salariés hommes et femmes, les règles fixées par l'employeur en matière d'apparence au travail ne peuvent être considérées comme fondées sur des stéréotypes de genre imposant une image spécifique aux femmes²⁵⁴⁹. La solution aurait pu être différente si les juges avaient assoupli le test classique de comparaison, par exemple en estimant que l'exigence de maquillage résultait d'un stéréotype spécifique aux femmes, qui impose à celles-ci un standard de beauté. Les juges auraient pu également considérer que la réglementation reposait sur des stéréotypes de genre imposés aux femmes comme aux hommes, l'exigence d'une coupe de cheveux courte pour les hommes servant précisément à les différencier des femmes et à maintenir ainsi une différence visible entre les sexes – en somme, à maintenir la distinction de genre. Ainsi, ce n'est pas parce qu'hommes et femmes font l'objet de restrictions similaires de la part de l'employeur que les stéréotypes de genre ne sont pas au fondement de la décision de l'employeur. Mais en l'espèce,

²⁵⁴⁸ United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 14 avril 2006, *Darlene Jespersen v. Harrah's Operating Company, INC.*, n° 03-15045.

²⁵⁴⁹ *Ibid.* : « *The policy does not single out Jespersen. It applies to all of the bartenders, male and female. It requires all of the bartenders to wear exactly the same uniforms while interacting with the public in the context of the entertainment industry. It is for the most part unisex, from the black tie to the non-skid shoes. There is no evidence in this record to indicate that the policy was adopted to make women bartenders conform to a commonly-accepted stereotypical image of what women should wear.* ».

l'application formelle du test de comparaison met au contraire en échec un raisonnement approfondi sur les impacts des stéréotypes de genre.

776. Par ailleurs, la preuve des discriminations fondées sur des stéréotypes peut être difficile à rapporter en raison du fait que ceux-ci résultent de représentations et de préjugés souvent inconscients²⁵⁵⁰, et ne sont donc pas nécessairement issus d'une quelconque intention discriminatoire facilement démontrable²⁵⁵¹. Il a en effet été démontré que les discriminations résultent moins d'une motivation intentionnelle, que du processus involontaire de catégorisation qui caractérise le fonctionnement normal de la cognition humaine²⁵⁵². Certes, nombre d'auteurs ont souligné, aux États-Unis, la prise en compte croissante par les tribunaux, pour établir les discriminations, des recherches en sciences sociales (« *social framework evidence* »²⁵⁵³) et notamment des tests psychologiques révélateurs de préjugés implicites (« *implicit bias test* »²⁵⁵⁴). Dans l'affaire *Price Waterhouse contre Hopkins*, c'est du reste l'intervention d'une psychologue sociale qui avait permis, de manière déterminante, d'établir la preuve du caractère discriminatoire du refus d'embauche²⁵⁵⁵, en montrant notamment l'influence des stéréotypes inconscients sur la prise de décision de l'employeur²⁵⁵⁶. Dans d'autres décisions, les juges sont néanmoins apparus, au contraire, réticents à admettre un tel mode de preuve²⁵⁵⁷. En tout état de cause, la manière dont ces tests psychologiques peuvent être mobilisés devant les juges n'est pas clairement déterminée dans la jurisprudence étatsunienne, ce qui a pu susciter des interrogations. Pour certains, le recours par les juridictions aux tests de psychologie sociale comme révélateur des préjugés implicites risquerait de conduire à « transformer le préjugé en pathologie » et à une « médicalisation des problèmes sociaux »²⁵⁵⁸. De même, la sanction de l'auteur d'une décision en raison de préjugés et des représentations involontaires, qu'il n'est pas en mesure de contrôler, pourrait s'apparenter à une forme de « police des consciences ». Pour éviter ces écueils, la plupart

²⁵⁵⁰ TAUB Nadine, « Keeping women in their place : stereotyping *per se* as a form of employment discrimination », *Boston College Law Review*, Vol. 21, 1980, p. 355.

²⁵⁵¹ KANG Jerry, BENNETT Mark, « Implicit bias in the courtroom », *UCLA Law Review*, Vol. 59, 2012, p. 1129.

²⁵⁵² KRIEGER Linda Hamilton, « The content of our categories : a cognitive bias approach to discrimination and equal employment opportunity », *Stanford Law Review*, Vol. 47, 1995, p. 1164.

²⁵⁵³ HERNANDEZ Tanya, « One path for "post-racial" employment discrimination cases : The implicit association test research as social framework evidence », *Law and Inequality*, Vol. 32, 2014, p. 310.

²⁵⁵⁴ HERNANDEZ Tanya, « One path for 'post-racial' employment discrimination cases : the implicit association test research as social framework evidence », *op. cit.*, p. 311 : « *Implicit bias is a type of discrimination that originates in unconscious mental processes that systematically distort the way we see other people. Studies have shown that even the most "well-meaning" person, who explicitly rejects all kinds of discrimination, unwittingly allows unconscious thoughts and feelings, which usually contain some degree of bias, to influence their objective decisions. Indeed, a number of scholars have pointed to the importance of considering implicit bias as a justification for reforming the doctrinal contours and standards of employment discrimination claims* ».

²⁵⁵⁵ Affaire *Price Waterhouse v. Hopkins* précitée.

²⁵⁵⁶ FISKE Susan, « Social science research on trial. Use of sex stereotyping research in *Price Waterhouse v. Hopkins* », *American Psychologist*, octobre 1991, p. 1052.

²⁵⁵⁷ United States Supreme Court, 20 juin 2011, *Walmart stores, INC. v. Dukes et al.*, n° 10-277.

²⁵⁵⁸ Voir le point de vue de Richard Ford in MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 179.

des auteurs préconisent de recourir aux tests psychologiques, non pas pour sanctionner le défendeur sur la base de ses propres préjugés implicites, mais comme « outils pédagogiques »²⁵⁵⁹ pour les juges et les jurés²⁵⁶⁰. Un tel usage leur permettrait ainsi simplement de prendre conscience non seulement des préjugés sexistes existant dans la société en général ou dans telle entreprise, mais aussi de leurs propres préjugés lorsqu'ils analysent une situation potentiellement discriminatoire²⁵⁶¹.

777. On peut en outre s'interroger sur la probabilité des juges français à admettre la preuve de préjugés implicites pour établir des discriminations. Le contentieux français de la non-discrimination a en effet été forgé sur l'exigence de la preuve d'une *intention* discriminatoire, qui, bien que concurrencée par la notion de discrimination indirecte, est encore exigée en matière pénale²⁵⁶². Or, l'approche des discriminations par les préjugés implicites heurterait cette vision classique des discriminations, encore prégnante, fondée sur l'intention volontaire et la responsabilité²⁵⁶³. Cela pourrait dès lors expliquer la réticence des juges à admettre le lien entre stéréotype de genre et discrimination. Pourtant, l'admission par la Cour de cassation de la preuve des discriminations par le *testing*²⁵⁶⁴, dans des affaires relatives à la discrimination fondée sur la race²⁵⁶⁵, montre que les juges français n'ignorent pas totalement le recours aux tests sociaux révélant des comportements discriminatoires fondés sur des stéréotypes – conscients ou inconscients. Il reste qu'un tel mode de preuve n'a pas encore trouvé écho dans le contentieux relatif aux discriminations fondées sur le sexe, qui demeure peu propice à la prise en compte des tests sur les préjugés inconscients comme révélateurs de discriminations.

778. Outre les problèmes que pose la preuve des discriminations par les stéréotypes de genre au niveau des litiges individuels, c'est l'impact même de la lutte contre les stéréotypes de genre sur les dispositifs avantageant les femmes qu'il s'agit d'interroger.

779. **Une approche conduisant à supprimer des avantages pour les femmes.** L'analyse de la jurisprudence étatsunienne est ici particulièrement éclairante pour comprendre la manière dont

²⁵⁵⁹ MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 189.

²⁵⁶⁰ HERNANDEZ Tanya, « One path for “post-racial” employment discrimination cases : the implicit association test research as social framework evidence », *op. cit.*, p. 325.

²⁵⁶¹ KANG Jerry, BENNETT Mark, « Implicit bias in the courtroom », *op. cit.*

²⁵⁶² Article 121-3 alinéa 1 du Code pénal. Cons. constit., 16 juin 1999, n° 99-411, cons. 16.

²⁵⁶³ MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, *op. cit.*, p. 205.

²⁵⁶⁴ CALVÈS Gwénaële, « Au service de la connaissance et du droit : le *testing* », *Horizons stratégiques*, n° 5, 2007/3, p. 310 : « Le *testing*, s'inspirant de la démarche expérimentale, cherche à créer *in vitro* une situation dont l'expérimentateur maîtriserait tous les éléments. L'objectif est d'observer, en ayant la certitude qu'elles jouent “toutes choses égales par ailleurs”, le poids relatif des variables qu'on cherche à tester. Dans le cas du test de discrimination, on construira artificiellement des couples (de demandeurs d'emploi, de clients d'une banque, de candidats à la location d'un logement, etc.) dont les deux membres ne diffèrent que par une et une seule caractéristique. Si l'un des deux membres du couple est moins bien traité que l'autre, on imputera cette différence de traitement à l'unique caractéristique qui les distingue l'un de l'autre ».

²⁵⁶⁵ Cass. crim., 12 septembre 2000, n° 99-87251, confirmé par Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85559.

la lutte contre les stéréotypes de genre peut conduire à désavantager les femmes. Le congé de maternité obligatoire est ainsi considéré par les juges étatsuniens comme une discrimination fondée sur le sexe²⁵⁶⁶, alors qu'en France et en droit de l'Union européenne, la protection des femmes contre les licenciements durant le congé de maternité est au contraire considérée comme un mécanisme égalitaire²⁵⁶⁷. Dans l'affaire *Cleveland Board of Education v. LaFleur* de 1974, la Cour suprême des États-Unis a considéré comme contraire au quatorzième amendement de la Constitution la réglementation d'une école publique qui imposait aux enseignantes enceintes de prendre sept mois de congé de maternité non rémunéré²⁵⁶⁸, sur le fondement de la liberté de travailler²⁵⁶⁹. Le raisonnement des juges remet bien en cause la réglementation en ce qu'elle repose sur le stéréotype selon lequel toutes les femmes enceintes seraient faibles et incapables de travailler²⁵⁷⁰. La jurisprudence ultérieure a confirmé cette volonté des juges de lutter contre les stéréotypes de genre²⁵⁷¹, notamment par le rejet du congé maternité obligatoire, cette fois-ci sur le terrain du principe d'égalité et de la non-discrimination²⁵⁷². Cela signifie, *a contrario*, que la loi aurait porté atteinte au principe d'égalité si elle avait prévu un congé de maternité qui, étant par définition spécifique aux femmes, aurait discriminé les hommes en les empêchant de prendre un tel congé²⁵⁷³. Pour les juges, les dispositions de la loi en question poursuivent ainsi l'objectif de lutter contre la discrimination fondée sur le stéréotype selon lequel les femmes sont seules responsables des soins apportés dans la sphère familiale et que les hommes en sont à l'inverse exclus²⁵⁷⁴.

780. La jurisprudence de la Cour suprême rejette par conséquent, sur le fondement de la non-discrimination, l'idée d'un congé maternité, au motif qu'elle reposerait nécessairement sur des stéréotypes de genre paternalistes présupposant que seules les mères doivent « nouer un lien

²⁵⁶⁶ SUK Julie, « Are gender stereotypes bad for women? Rethinking antidiscrimination law and the work-family conflict », *Columbia Law Review*, Vol. 110, n° 1, 2010, p. 51 : « In the United States, mandatory maternity leave constitutes discrimination on the basis of sex, violating Title VII and the Constitution ».

²⁵⁶⁷ Cf. partie II, titre I, chapitre I.

²⁵⁶⁸ United States Supreme Court, 21 janvier 1974, *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, n° 72-777, 414 U.S. 632.

²⁵⁶⁹ La motivation des juges n'est alors pas exactement fondée sur la clause relative à « l'égalité de protection » (« equal protection clause »), mais sur celle qui interdit aux États de priver une personne de sa liberté sans « procédure légale régulière » (« due process of law ») (Quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis, section 1). Voir SUK Julie, « From antidiscrimination to equality : stereotypes and the life cycle in the United States and Europe », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, 2012, p. 85.

²⁵⁷⁰ Affaire *Cleveland Board of Education v. LaFleur* précitée, p. 644 : « The rules contain an irrebuttable presumption of physical incompetency, and that presumption applies even when the medical evidence as to an individual woman's physical status might be wholly to the contrary [...]. It is forbidden by the Due Process Clause to deny an individual the resident rates on the basis of a permanent and irrebuttable presumption of nonresidence when that presumption is not necessarily or universally true in fact ».

²⁵⁷¹ United States Supreme Court, 26 juin 1996, *United States v. Virginia*, n° 94-1941, 518 U.S. 515 (1996).

²⁵⁷² United States Supreme Court, 27 mai 2003, *Nevada Dept. of Human Resources v. Hibbs*, n° 01-1368, 538 U.S. 721 (2003).

²⁵⁷³ SUK Julie, « From antidiscrimination to equality : stereotypes and the life cycle in the United States and Europe », *op. cit.*, p. 87.

²⁵⁷⁴ Affaire *Hibbs* précitée : « Because employers continued to regard the family as the woman's domain, they often denied men similar accommodations or discouraged them from taking leave. These mutually reinforcing stereotypes created a self-fulfilling cycle of discrimination that forced women to continue to assume the role of primary family caregiver, and fostered employers' stereotypical views about women's commitment to work and their value as employees. Those perceptions, in turn, Congress reasoned, lead to subtle discrimination that may be difficult to detect on a case-by-case basis ».

particulier avec l'enfant», que les femmes enceintes sont inaptes à exercer une activité professionnelle ou que les hommes sont incapables de prendre soin de leurs enfants²⁵⁷⁵. Pourtant, comme le souligne Julie Suk, cette approche anti-stéréotype fondée sur le principe d'égalité des sexes « échoue lamentablement en ignorant les barrières de genre » qui entravent l'égalité réelle et « ne fait rien pour agir sur la réalité sociale sous-jacente sur laquelle ces stéréotypes de genre sont basés »²⁵⁷⁶. La remise en cause des stéréotypes de genre au nom de l'égalité des sexes conduit, paradoxalement, à empêcher l'instauration de dispositifs visant à compenser les inégalités de fait entre les sexes. Les dispositifs relatifs à la protection des femmes enceintes et accouchées permettent en effet de compenser la réalité physique et l'inégalité sociale selon laquelle les femmes prennent davantage soin de l'enfant à sa naissance que les hommes.

781. Il en est de même, en droit français, de la suppression des mesures préférentielles en matière de pensions de retraite en faveur des mères de famille, sous l'impulsion de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a déjà été traitée sous l'angle de l'exigence d'indifférenciation²⁵⁷⁷. Si l'argumentaire développé par les juges ne repose pas explicitement, contrairement à celui de la Cour suprême des États-Unis, sur une approche anti-stéréotype, la Cour de justice applique ici l'égalité de traitement en rejetant tout de même la répartition traditionnelle des rôles de genre. Dans l'affaire *Griesmar*, la Cour fait ainsi implicitement prévaloir l'approche anti-stéréotype de l'égalité, rejetant la représentation traditionnelle des rôles de genre²⁵⁷⁸, sur l'approche compensatrice de l'égalité²⁵⁷⁹, et minimise de ce fait l'assignation inégalitaire des rôles sociaux, qui produit encore pourtant des effets désavantageux sur les mères de famille.

782. Il apparaît donc difficile pour les juges de concilier ces deux objectifs égalitaires contradictoires. On ne saurait ignorer l'ambivalence des mesures de protection des femmes enceintes ou mères de famille, qui sont à la fois fondées sur des stéréotypes de genre reproduisant les rôles sociaux inégalitaires, mais qui visent également à compenser les inégalités de fait auxquelles les femmes font face, en assumant effectivement ces rôles sociaux. Toute la difficulté pour le droit de la non-discrimination est précisément de faire face à la tension qui existe entre

²⁵⁷⁵ SUK Julie, « Are gender stereotypes bad for women ? Rethinking antidiscrimination law and the work-family conflict », *op. cit.*, p. 4 et 16.

²⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 54 et 59.

²⁵⁷⁷ Cf. partie I, titre II, chapitre II.

²⁵⁷⁸ Affaire *Griesmar* précitée, points 55 et 56 : « L'origine de ladite bonification remonte à 1924 et son objectif, tel qu'exposé dans les travaux préparatoires, était de faciliter le retour du fonctionnaire féminin à son foyer, afin qu'il soit mieux à même de veiller à l'éducation de ses enfants [...] Il convient de constater que les situations d'un fonctionnaire masculin et d'un fonctionnaire féminin peuvent être comparables en ce qui concerne l'éducation des enfants ».

²⁵⁷⁹ Elle écarte ainsi la dimension compensatrice de la mesure préférentielle, qui acte du fait que « les fonctionnaires féminins sont plus touchés par les désavantages professionnels résultant de l'éducation des enfants parce que ce sont en général les femmes qui assument cette éducation » (*ibid.*, point 56).

ces deux tendances : la lutte contre les stéréotypes de genre risque précisément de rendre invisible aux yeux du droit la réalité sociale des inégalités entre les sexes, en remettant en cause les rôles sociaux attribués traditionnellement aux femmes et aux hommes²⁵⁸⁰. À l'inverse, mettre l'accent sur la différence des sexes, à travers des mesures compensatoires, pour lutter contre les inégalités risque paradoxalement de conduire à renforcer la différenciation et les stéréotypes de genre et, partant, les inégalités entre les sexes. La réalisation de l'égalité réelle implique dès lors de trouver un point d'équilibre entre la prise en compte des différences dans leur forme hiérarchique et leur remise en cause par le droit.

783. On pourrait considérer que cette difficulté trouve sa solution, non pas dans la suppression de ces dispositifs de protection sociale considérés comme discriminatoires, mais dans leur extension aux hommes pères de famille²⁵⁸¹. En d'autres termes, seule l'extension de ces bénéfices aux hommes permettrait à la fois de combattre les stéréotypes relatifs à l'assignation traditionnelle des rôles sociaux – par l'intégration accrue des hommes dans la sphère domestique – tout en maintenant, de façon égalitaire, les mesures de protection bénéficiant aux femmes. Le contentieux de la non-discrimination apparaît en lui-même insuffisant pour poursuivre une telle entreprise ; celui-ci se contente, en effet, de sanctionner les normes ou les pratiques qui désavantagent les hommes ou les femmes qui transgressent l'assignation des rôles de genre, sans forcément inciter, à l'inverse, à une telle transgression²⁵⁸².

784. Il reste que l'approche anti-stéréotype demeure largement ignorée des juges français. L'affaire des panneaux de Dannemarie portée devant le Conseil d'État témoigne encore de l'impuissance du juge à se départir d'une conception intentionnelle des discriminations²⁵⁸³. Si le juge des référés a bien estimé que de l'installation de panneaux jugés sexistes portaient « une atteinte grave et manifestement illégale au principe d'égalité entre les hommes et les femmes », le Conseil d'État a quant à lui, en appel, été dans le sens de la commune en jugeant « que l'installation des panneaux litigieux n'a pas été inspirée par des motifs traduisant la volonté de discriminer une partie de la population et n'a pas pour effet de restreindre l'exercice d'une ou plusieurs libertés fondamentales »²⁵⁸⁴. Cette réticence du juge à condamner les stéréotypes de

²⁵⁸⁰ SUK Julie, « Are gender stereotypes bad for women ? Rethinking antidiscrimination law and work-family conflict », *Columbia Law Review*, vol. 101, janvier 2010, p. 1-69.

²⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 69.

²⁵⁸² DOWD Nancy E., « Work and family : the gender paradox and the limitations of discrimination analysis in restructuring the workplace », *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, Vol. 24, 1989, p. 171.

²⁵⁸³ CE, ordonnance du 1^{er} septembre 2017, n° 413607. En l'espèce, un recours en référé a été formé par l'association les « Effronté-e-s » en vue de l'enlèvement de panneaux, mis en place par la commune, jugés sexistes et discriminatoires envers les femmes.

²⁵⁸⁴ Ordonnance *Commune de Dannemarie c/ Association « Les Effronté-e-s »* précitée. Le Conseil d'État estime de surcroît que la méconnaissance du principe d'égalité des sexes ne peut constituer, contrairement aux discriminations, une atteinte à une liberté

genre rejoint plus généralement les critiques adressées à la logique individualiste sous-tendant droit de la non-discrimination classique, impuissant à prendre en compte la dimension collective et structurelle des inégalités²⁵⁸⁵. Les pouvoirs publics français ont en ce sens reconnu pleinement que la réalisation du principe d'égalité, compris dans sa dimension « transformative », nécessitait dès lors une intervention « positive », bien au-delà du juge, afin d'agir sur la répartition inégalitaire des rôles de genre.

II. Des politiques publiques visant une égalité transformative des rôles de genre

785. Les pouvoirs publics français ont admis que la réalisation de l'objectif d'égalité des sexes impliquait d'agir sur la structure des inégalités, en allant au-delà de la simple logique de réparation inhérente au contentieux de la non-discrimination. Les politiques égalitaires ont ainsi, surtout depuis les années 2000, tenté d'agir sur la répartition inégalitaire des rôles de genre à tous les niveaux de la société, dépassant la simple logique de l'égalité des droits et des rémunérations. C'est la raison d'être de la loi pour l'égalité réelle de 2014, fondée sur « une nouvelle approche de la lutte contre les discriminations entre les hommes et les femmes au sein de la société et de la famille, qui entend non pas tant prôner l'égalité des droits que l'égalité des rôles sociaux par une politique incitative »²⁵⁸⁶. Le législateur s'est dès lors éloigné d'une approche formelle du principe d'égalité, en prenant pleinement en compte le rôle de la hiérarchie de genre dans la perpétuation des inégalités entre les femmes et les hommes.

786. La volonté politique de modifier la structure des inégalités s'est traduite, dès la fin des années 1990 au niveau européen et français, par une « approche intégrée de l'égalité » ou *gender mainstreaming*, permettant d'agir en théorie à tous les niveaux de la société (A). L'adoption de cette approche a effectivement conduit à une expansion de l'action des pouvoirs publics dans nombre de domaines, en vue de lutter contre la persistance des stéréotypes de genre et de transformer les rôles et rapports sociaux entre les femmes et les hommes (B).

fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative conditionnant le recours au référé-liberté. Un tel raisonnement repose assurément sur une conception étroite des discriminations, fondée sur l'intention, et dénie toute possibilité de contentieux contre les atteintes portées de manière structurelle à l'égalité des sexes.

²⁵⁸⁵ Voir notamment les travaux de la Professeure de sociologie Robin STRYKER et notamment sa communication au colloque international pluridisciplinaire organisé par le Défenseur des droits et la Mission de recherche Droit et Justice, *Multiplication des critères de discrimination : enjeux, effets et perspectives*, Paris, 18-19 janvier 2018 (publication à paraître).

²⁵⁸⁶ LEROYER Anne-Marie, « Égalité hommes-femmes – Lutte contre les violences », *RTD Civ.*, 2014, p. 947.

A. L'approche intégrée de l'égalité ou *gender mainstreaming*

787. Prenant acte de l'inefficacité des politiques égalitaires spécifiques au domaine politique ou à la sphère professionnelle pour remédier aux inégalités de fait²⁵⁸⁷, les institutions européennes et les pouvoirs publics français ont développé une approche dite « intégrée » de l'égalité. Par sa dimension transversale, en substituant « une culture de l'égalité à une politique de l'égalité »²⁵⁸⁸, cette approche tend en théorie à démanteler la structure des inégalités de genre (1). Le financement de cet ambitieux projet a dès lors nécessité la modification du budget de l'État en prenant en compte la dimension du genre lors de l'élaboration des projets de loi de finances (2).

1) Le *gender mainstreaming* pour agir sur la structure des inégalités

788. La notion de « *gender mainstreaming* », apparue dans le langage institutionnel lors des III^e et surtout IV^e conférences des Nations Unies sur les femmes en 1985 et 1995²⁵⁸⁹, a été intégrée par les institutions de l'Union européenne²⁵⁹⁰ et du Conseil de l'Europe²⁵⁹¹ dans les années 1990. Un rapport du Conseil de l'Europe de 1998 définit cette approche comme « la (ré)organisation, l'amélioration, l'évolution et l'évaluation des processus de prise de décision, aux fins d'incorporer la perspective de l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques »²⁵⁹². Le *gender mainstreaming* vise ainsi à intégrer l'objectif d'égalité des sexes dans toutes les politiques publiques afin d'agir sur « la société dans son ensemble »²⁵⁹³, contrairement aux autres politiques égalitaires qui limitent l'égalité à des domaines spécifiques. Cette logique tend ainsi à résoudre « la tension entre le particulier et le général »²⁵⁹⁴, en transcendant les difficultés tenant, d'un côté, aux

²⁵⁸⁷ JACQUOT Sophie, « L'instrumentation du *gender mainstreaming* à la Commission européenne : entre "ingénierie sociale" et "ingénierie instrumentale" », *Politique européenne*, n° 20, 2006/3, p. 35.

²⁵⁸⁸ La ministre déléguée à la parité et à l'égalité professionnelle Nicole Ameline en 2004, citée par DAUPHIN Sandrine, « Promotion de l'égalité des sexes en France : entre continuité et rupture », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 152.

²⁵⁸⁹ DAUPHIN Sandrine, SÉNAC-SLAWINSKI Réjane, « *Gender mainstreaming* : analyse des enjeux d'un "concept-méthode" », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 5.

²⁵⁹⁰ Le troisième programme pour l'égalité des chances (1991-1995) propose déjà une « stratégie d'action plus intégrée et plus globale » (résolution du Conseil du 21 mai 1991, C- 142), stratégie qui devient centrale avec le quatrième programme d'action (1996-2000) : article 2 de la décision 95/593/CE du Conseil du 22 décembre 1995. Une communication de la Commission européenne COM(96) 67 du 21 février 1996, spécifique à l'approche intégrée de l'égalité, définit le principe de « *gender mainstreaming* » ; celui-ci « consiste à prendre systématiquement en compte les différences entre les conditions, situations et besoins des femmes et des hommes dans l'ensemble des politiques et actions communautaires. Cette approche globale et transversale implique un effort de mobilisation de toutes les politiques ». Cette approche est entérinée lors de l'adoption du Traité d'Amsterdam le 2 octobre 1997 qui introduit dans le TCE l'article 3-2 (devenu l'article 8 du TFUE).

²⁵⁹¹ Recommandation n° R (98) 14 du Comité des ministres aux États membres relative à l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes.

²⁵⁹² Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, Direction générale des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, mai 1998 (version française 2004), p. 13.

²⁵⁹³ *Ibid.*, p. 13.

²⁵⁹⁴ FRAISSE Geneviève, « Le *gender mainstreaming*, vrai en théorie, faux en pratique ? », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 23.

politiques générales qui masquent les inégalités entre les sexes et, de l'autre, aux politiques ciblées d'actions positives envers les femmes, qui favorisent des catégories restreintes.

789. On comprend dès lors le potentiel de cette stratégie pour agir sur la structure des inégalités de fait : elle prend acte du fait que les inégalités en termes de salaires ou de représentation politique ne constituent que certaines manifestations de la hiérarchie de genre. Cette dernière ne peut être démantelée qu'en agissant, de façon plus globale et transversale, sur « la construction des rapports de pouvoir et de domination qui sont répercutés dans les politiques publiques et se trouvent à l'origine de la perpétuation des inégalités »²⁵⁹⁵. Le *gender mainstreaming* prend ainsi en compte la perspective de genre, en assumant que les politiques publiques, même lorsqu'elles sont *a priori* neutres quant aux sexes – telles que les politiques en matière de conflits armés, d'urbanisme, ou de transports publics – peuvent avoir au contraire un impact différent sur les femmes et les hommes. L'approche intégrée de l'égalité procède en ce sens d'une « ingénierie sociale » exprimant « une volonté publique de modifier les relations et les représentations sociales »²⁵⁹⁶.

790. Les pouvoirs publics français ont « cristallisé » cette initiative européenne²⁵⁹⁷ par l'adoption dès la fin des années 1990 et surtout dans les années 2000 de l'approche intégrée ; celle-ci provenait toutefois moins d'une contrainte des institutions européennes que d'une volonté d'acquiescer « une nouvelle légitimité pour agir en matière d'égalité des sexes »²⁵⁹⁸. Cette nouvelle dynamique a non seulement conduit à placer des acteurs spécifiques à l'égalité des sexes au sein des institutions – avec par exemple la création de l'Observatoire de la parité en 1995, d'un secrétariat d'État aux droits des femmes et à la formation professionnelle en 1998, ou de délégations parlementaires aux droits des femmes au sein des deux assemblées²⁵⁹⁹ – mais surtout à adopter une approche interministérielle permettant d'inscrire l'objectif d'égalité au sein de toutes les politiques publiques²⁶⁰⁰. L'approche intégrée de l'égalité a été particulièrement développée sous

²⁵⁹⁵ JACQUOT Sophie, « L'instrumentation du *gender mainstreaming* à la Commission européenne : entre “ingénierie sociale” et “ingénierie instrumentale” », *op. cit.*, p. 35.

²⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 36.

²⁵⁹⁷ FRAISSE Geneviève, « Le *gender mainstreaming*, vrai en théorie, faux en pratique ? », *op. cit.*, p. 19.

²⁵⁹⁸ DAUPHIN Sandrine, « Promotion de l'égalité des sexes en France : entre continuité et rupture », *op. cit.*, p. 145.

²⁵⁹⁹ Loi n° 99-585 du 12 juillet 1999 tendant à la création de délégations parlementaires aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes.

²⁶⁰⁰ La Charte de l'égalité élaborée en 2004 par le Service des droits des femmes et de l'égalité, rattaché à la ministre déléguée aux droits des femmes et à l'égalité professionnelle, a par exemple instauré une dynamique interministérielle en adressant une feuille de route des actions gouvernementales en matière d'égalité des sexes (DAUPHIN Sandrine, « Promotion de l'égalité des sexes en France : entre continuité et rupture », *op. cit.*, p. 146). Elle prévoit une prise en compte de la dimension du genre à chaque étape du processus d'élaboration des politiques publiques : la préparation, la décision, la mise en œuvre et l'évaluation (GRÉSY Brigitte, ZIMMERMANN Sylvie, PARESCHI Christophe, *L'égalité entre les hommes et les femmes. Une dynamique nouvelle pour le XXI^e siècle*, 2004, URL : http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/charte_egalite.pdf, p. 18).

la présidence de François Hollande dès 2012²⁶⁰¹. Surtout, la loi du 4 août 2014 relative à l'égalité réelle consacre l'approche intégrée au niveau législatif, en prévoyant explicitement son application à tous les pouvoirs publics – au niveau national comme au niveau local²⁶⁰². Le législateur, à l'instar des institutions européennes, n'entend cependant pas substituer cette nouvelle stratégie aux politiques égalitaires antérieures, spécifiques à certains domaines et mues par une logique sectorielle. Il privilégie plutôt une « double approche »²⁶⁰³, qui « associe mesures spécifiques et logique transversale, pour répondre aux inégalités avec la même cohérence que celles-ci revêtent »²⁶⁰⁴.

791. La volonté politique d'agir sur la structure des inégalités entre les femmes et les hommes à travers l'approche intégrée est donc incontestable. Mais le succès d'une telle approche doit néanmoins être relativisé. Les travaux ayant analysé sa mise en œuvre s'accordent en effet sur sa faible effectivité et son manque d'efficacité²⁶⁰⁵. Il est ainsi considéré comme une « idéologie molle »²⁶⁰⁶, « vraie en théorie mais fautive en pratique »²⁶⁰⁷, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les acteurs non spécialistes de l'égalité visés par les politiques de *gender mainstreaming* – les différents ministères ou encore les autorités décentralisées – ne sont pas contraints d'adopter une telle approche. En effet, la mise en œuvre de l'approche intégrée est surtout portée sur l'évaluation des inégalités dans tous les domaines à l'aide de statistiques, et la sensibilisation des acteurs à ces inégalités ; il n'y a cependant ni objectifs chiffrés à atteindre ni évaluation des actions conduisant le cas échéant à des sanctions²⁶⁰⁸. Or, la simple stratégie de sensibilisation et d'apprentissage semble avoir un impact limité, en ce qu'elle « n'implique pas l'adhésion à des valeurs

²⁶⁰¹ Avec par exemple l'intervention du Comité interministériel aux droits des femmes et à l'égalité entre les femmes et les hommes (circulaire du 23 août 2012 relative à la mise en œuvre de la politique interministérielle en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes, NOR : PRMX1231034C, *JORF* n° 0196 du 24 août 2012, p. 13761), la nomination dans chaque ministère d'un « haut fonctionnaire » en charge de définir la politique en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes²⁶⁰¹, ou encore la création d'un dispositif d'évaluation systématique de l'impact des textes législatifs et réglementaires sur l'égalité (circulaire du 23 août 2012 relative à la prise en compte dans la préparation des textes législatifs et réglementaires de leur impact en termes d'égalité entre les femmes et les hommes, NOR : PRMX1231033C, *JORF* n° 0196 du 24 août 2012, p. 13760) ces dispositifs ayant été prévus par deux circulaires du Premier ministre du 23 août 2012.

²⁶⁰² Article 1^{er} de la Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

²⁶⁰³ DAUPHIN Sandrine, « Promotion de l'égalité des sexes en France : entre continuité et rupture », *op. cit.*, p. 140.

²⁶⁰⁴ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, NOR : DFEX1313602L/Bleue-1, 1^{er} juillet 2013, p. 15.

²⁶⁰⁵ Sur la distinction entre « efficacité » et « effectivité », voir MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 52-53. L'efficacité peut être définie comme les « effets sociaux » produits par un texte juridique, tandis que l'effectivité renvoie plutôt à « la manière dont les autorités » appliquent le texte en l'interprétant. Pour Alison Woodward, « même si le *gender mainstreaming* a favorisé la prise d'initiative sur de nouveaux terrains politiques, il n'a pas été réellement prouvé qu'il ait produit des changements spectaculaires au niveau des politiques publiques, et encore moins dans les relations entre les sexes » (WOODWARD Alison, « Est-il trop tard pour une approche intégrée de l'égalité ? », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 100).

²⁶⁰⁶ DAUPHIN Sandrine, SÉNAC-SLAWINSKI Réjane, « *Gender mainstreaming* : analyse des enjeux d'un « concept-méthode » », *op. cit.*, p. 9.

²⁶⁰⁷ FRAISSE Geneviève, « Le *gender mainstreaming*, vrai en théorie, faux en pratique ? », *op. cit.*

²⁶⁰⁸ DAUPHIN Sandrine, « Promotion de l'égalité des sexes en France : entre continuité et rupture », *op. cit.*, p. 160.

communes»²⁶⁰⁹. Le manque d'effectivité de l'approche intégrée est accentué par la faiblesse des ressources, tant financières qu'humaines, accordées à cette politique²⁶¹⁰, par la diversité des interprétations du *gender mainstreaming* qui rend celui-ci peu intelligible pour nombre d'acteurs²⁶¹¹, ou encore par le fait que cette politique soit jugée secondaire par rapport aux problématiques liées par exemple au logement ou à la précarité²⁶¹². Certains auteurs vont même jusqu'à souligner les effets contre-productifs du *gender mainstreaming* dans le cadre de la lutte contre les inégalités. Le risque résiderait en particulier dans la « dilution »²⁶¹³ de l'objectif juridique d'égalité entre les hommes et les femmes au profit d'une approche intégrée, plus large²⁶¹⁴, mais qui serait moins contraignante. Les politiques de *gender mainstreaming* tendraient en ce sens à la fois à se substituer aux textes normatifs spécifiques à l'égalité des sexes²⁶¹⁵ et à appréhender comme secondaires les actions contentieuses contre les discriminations. L'approche intégrée, privilégiant la prévention des inégalités au détriment de la sanction des discriminations, participerait ainsi à la « gadgétisation des politiques de lutte contre les discriminations »²⁶¹⁶. Selon Gwénaële Calvès, les politiques préventives comme le *gender mainstreaming* ou les démarches de partenariats avec les acteurs privés et publics – tels que les labels de l'égalité²⁶¹⁷ ou charte de la diversité²⁶¹⁸ – aboutiraient à amoindrir la portée et la force de l'interdiction des discriminations, celle-ci devenant une norme « négociée » par les acteurs sociaux²⁶¹⁹. D'autres auteurs soulignent dans le même sens le risque d'instrumentalisation des politiques de *gender mainstreaming*, qui ferait des

²⁶⁰⁹ LETABLIER Marie-Thérèse, PERRIER Gwénaëlle, « La mise en œuvre du *gender mainstreaming* dans les politiques locales de l'emploi », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 177.

²⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 174.

²⁶¹¹ WOODWARD Alison, « Est-il trop tard pour une approche intégrée de l'égalité ? », *op. cit.*, p. 101.

²⁶¹² LETABLIER Marie-Thérèse, PERRIER Gwénaëlle, « La mise en œuvre du *gender mainstreaming* dans les politiques locales de l'emploi », *op. cit.*, p. 178.

²⁶¹³ DAUPHIN Sandrine, SÉNAC-SLAWINSKI Réjane, « *Gender mainstreaming* : analyse des enjeux d'un "concept-méthode" », *op. cit.*, p. 14.

²⁶¹⁴ SÉNAC-SLAWINSKI Réjane : « Du *gender mainstreaming* au paritarisme : genèse d'un concept controversé », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 39.

²⁶¹⁵ Rapport final d'activités du Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, *op. cit.*, p. 14.

²⁶¹⁶ CALVÈS Gwénaëlle, « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et FERRE Nathalie (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 48.

²⁶¹⁷ Le label Égalité est décerné aux entreprises, administrations ou associations, par un organisme de certification privé (AFNOR Certification), sur la base de trois critères : une évaluation des actions en faveur de l'égalité professionnelle ; la gestion des ressources humaines et le management et l'accompagnement de la parentalité dans le cadre professionnel. La décision de certification fait suite à l'avis d'une commission de labellisation, composée à parité de représentants de l'État, des syndicats de salariés et des organisations patronales (voir le site du ministère de la Famille, de l'Enfance et des Droits des femmes, URL : <http://www.familles-enfance-droitsdesfemmes.gouv.fr/dossiers/egalite-professionnelle/legalite-un-objectif-partage/le-label-egalite/>).

²⁶¹⁸ La charte de la diversité, soutenue par les organisations patronales, des réseaux d'entreprises privées et des organismes publics, vise à regrouper des signataires qui s'engagent à condamner les discriminations, notamment celles fondées sur le sexe, au sein de leur entreprise (URL : <http://www.charte-diversite.com/charte-diversite-la-charte.php>).

²⁶¹⁹ CALVÈS Gwénaëlle, « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », *op. cit.*, p. 48.

actions en faveur de l'égalité des sexes davantage un indicateur de performance pour les entreprises ou les organismes publics, qu'une exigence juridique à mettre en œuvre²⁶²⁰.

792. En dépit de ces écueils, l'adoption de l'approche intégrée de l'égalité par les pouvoirs publics français a pu trouver des formes de réalisation concrètes surtout à partir des années 2010, grâce notamment à la prise en compte de la dimension du genre dans le budget de l'État.

2) Le financement des politiques d'égalité : l'émergence du « *gender budgeting* »

793. Si la mise en œuvre de l'approche intégrée de l'égalité des sexes a conduit à prendre en compte le genre dans le budget de l'État, elle n'a pas pour autant pleinement abouti à faire de la politique fiscale un instrument de transformation des rôles de genre.

794. **La prise en compte du genre dans les finances publiques.** L'accroissement de l'action des pouvoirs publics pour l'égalité réelle se manifeste par l'intégration de cet objectif au sein du budget de l'État. Certains auteurs ont constaté l'émergence d'un « budget sensible au genre », qui « ne vise pas à créer un budget distinct pour les femmes, ni même à augmenter les crédits des programmes les concernant ; il a vocation à prendre en compte les différences de rôles, capacités et besoins entre les femmes et les hommes et donc à intégrer la dimension de genre dans la conception, la réalisation et l'évaluation de toutes les politiques publiques »²⁶²¹. Cette approche des finances publiques constitue ainsi la transcription dans le budget de l'État de la politique de *gender mainstreaming*²⁶²². Les instances de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe ont, à travers l'établissement de rapports et de résolutions²⁶²³, incité les États membres à adopter l'approche du *gender budgeting* – traduite en français par les expressions « budget selon le genre », « budget sensible au genre », ou encore « budget soucieux de l'égalité entre les femmes et

²⁶²⁰ JACQUOT Sophie, « L'instrumentation du *gender mainstreaming* à la Commission européenne : entre “ingénierie sociale” et “ingénierie instrumentale” », *op. cit.*, p. 51.

²⁶²¹ GÉLY Marie-Laure, « Le budget de l'État : un budget sensible au genre ? », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, CNRS éditions, 2014, p. 467.

²⁶²² Déclaration et programme d'action de Beijing, adoptés le 15 septembre 1995, chapitre VI : « Il ne sera possible de réaliser pleinement et efficacement le Programme d'action [...] que s'il existe une ferme volonté politique de dégager les ressources humaines et financières nécessaires pour renforcer le pouvoir d'action des femmes. Il faudra pour cela tenir compte de la spécificité des problèmes des femmes dans les décisions budgétaires sur les politiques et les programmes, ainsi que prévoir un financement suffisant pour les programmes visant spécifiquement à assurer l'égalité entre hommes et femmes ».

²⁶²³ GHILARDOTTI Fiorella, *Rapport sur le gender budgeting – l'établissement des budgets publics selon la perspective de genre* (2002/2198(INI)), Parlement européen, Commission des droits de la femme et de l'égalité des chances, juin 2003 ; résolution du Parlement européen sur le *gender budgeting* – l'établissement des budgets publics selon la perspective de genre (2002/2198(INI)), adoptée le 3 juillet 2003 ; Groupe de spécialistes sur l'intégration d'une perspective de genre dans le processus budgétaire (EG-S-GB), Rapport final EG-S-GB (2004) RAP FIN, Direction générale des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, 2005 ; Manuel de la Direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques du Conseil de l'Europe, *L'égalité dans les budgets, pour une mise en œuvre pratique*, CDEG (2008) 15, avril 2009.

les hommes»²⁶²⁴. Une telle perspective repose sur le constat que le budget n'est pas un «instrument neutre» mais répercute sur les citoyens «un impact et des effets différents selon qu'il s'agit d'hommes ou qu'il s'agit de femmes»²⁶²⁵. Selon les institutions européennes, l'objectif du *gender budgeting* est ainsi clairement de «réduire les inégalités sociales et économiques entre les hommes et les femmes», en prenant en compte les «asymétries de genre» de manière «positive»²⁶²⁶.

795. Les pouvoirs publics français ont intégré, dans une certaine mesure, la dimension du genre dans les politiques budgétaires, par l'allocation de crédits spécifiques aux politiques relatives à l'égalité des sexes. Ainsi depuis 2006, un programme n° 137 sur l'égalité entre les femmes et les hommes a été inséré dans la mission «solidarité, insertion et égalité des chances» (l'un des «bleus budgétaires»²⁶²⁷ annexés au projet de loi de finances). Le projet annuel de performance (PAP)²⁶²⁸ relatif à ce programme fait part, pour l'année 2017, du financement d'objectifs regroupés en quatre axes : l'égalité professionnelle, la lutte contre les stéréotypes et le sexisme, l'égal accès aux responsabilités et à l'espace public et la lutte contre les violences. Les crédits de paiement sont majoritairement des «dépenses d'intervention» et non des «dépenses de fonctionnement»²⁶²⁹, c'est-à-dire surtout des «subventions accordées à des associations nationales et locales qui visent, dans leur grande majorité, à l'information, la formation et l'accompagnement des femmes»²⁶³⁰. Mais en dépit d'un programme large, les objectifs dont la réalisation est assurée par des indicateurs de performances demeurent peu nombreux. En effet, seules la «contribution au

²⁶²⁴ Rapport final du Groupe de spécialistes sur l'intégration d'une perspective de genre dans le processus budgétaire (EG-S-GB) précité, p. 12.

²⁶²⁵ GHILARDOTTI Fiorella, Rapport précité, p. 13.

²⁶²⁶ *Ibid.*, p. 18. Pour ce faire, plusieurs méthodes sont préconisées, reposant sur deux étapes. Il s'agit d'abord d'analyser la répercussion des recettes et des dépenses publiques selon le genre – impliquant la mise en place de statistiques sexuées relatives aux bénéficiaires ou aux contributeurs pour comprendre comment se répartissent les recettes et les dépenses selon le sexe – qui permet de révéler «des inégalités cachées et indiquent la nécessité de reformuler ou de recentrer les priorités, les politiques et les programmes» (Groupe de spécialistes sur l'intégration d'une perspective de genre dans le processus budgétaire (EG-S-GB), Rapport précité, p. 21). Il convient ensuite de prendre en compte le genre à toutes les étapes de l'élaboration du budget – la programmation, la définition et l'application – et de prévoir pour chaque domaine des ressources consacrées à des actions spécifiques en faveur de l'égalité.

²⁶²⁷ Article 7 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances : «Les crédits ouverts par les lois de finances pour couvrir chacune des charges budgétaires de l'État sont regroupés par mission relevant d'un ou plusieurs services d'un ou plusieurs ministères. Une mission comprend un ensemble de programmes concourant à une politique publique définie».

²⁶²⁸ Depuis la loi de finances pour 2006, les projets annuels de performance fixent les résultats à atteindre pour chaque programme, les crédits retenus pour réaliser ces objectifs, les stratégies d'action, ainsi que les indicateurs de performance, qui permettent de mesurer l'efficacité de l'action (article 51 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001).

²⁶²⁹ Sur 27 631 060 euros de crédits alloués au programme, 5 327 800 sont consacrés aux actions et expérimentations pour la culture de l'égalité et en faveur de l'égalité professionnelle, politique et sociale, 16 088 300 à la promotion des droits, prévention et lutte contre les violences, 1 200 500 pour le soutien du programme égalité entre les femmes et les hommes (où l'on trouve les seules dépenses de fonctionnement : 1 195 500), 4 999 460 à la prévention et lutte contre la prostitution et la traite des êtres humains (URL : http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publicque/files/farandole/ressources/2017/pap/html/DBGPGMPRESCREDPGM137.htm).

²⁶³⁰ GÉLY Marie-Laure, «Le budget de l'État : un budget sensible au genre ?», *op. cit.*, p. 470.

développement de l'égalité professionnelle et de la négociation collective » et « l'amélioration de la qualité de service d'aide aux personnes victimes de violence » sont soumises à des indicateurs de performance et à des objectifs chiffrés²⁶³¹. On peut également souligner que le budget accordé à ce programme demeure plus restreint que celui des autres programmes de la mission « solidarité, insertion et égalité des chances »²⁶³² et que ceux des autres missions prévues par la loi de finances²⁶³³.

796. Mais le programme n° 137 n'est pas la seule initiative des auteurs du projet de loi de finances pour financer les politiques relatives à l'égalité des sexes. Un document de politique transversal (DPT)²⁶³⁴ relatif à la politique de l'égalité entre les femmes et les hommes, plus ambitieux, est également annexé au projet de loi de finances depuis 2009²⁶³⁵. Il permet de financer la politique intégrée de l'égalité mise en place au niveau interministériel, en agissant au sein des programmes qui sont à la charge des services des différents ministères. Le DPT se décline en six axes²⁶³⁶ – comprenant chacun plusieurs objectifs – auxquels sont alloués des crédits spécifiques et dont la réalisation est soumise à dix-neuf indicateurs de performance²⁶³⁷. Certains axes, comme celui de la lutte contre la pauvreté ou de l'accès à la santé, sont cependant dénués d'indicateurs de performance en faveur de l'égalité des sexes, qui permettraient pourtant de programmer des objectifs précis à atteindre ; le DPT se révèle par conséquent, sur de nombreux points, être une simple « pétition de principe »²⁶³⁸. Pour de nombreux programmes, le document indique en outre

²⁶³¹ Par exemple, pour le premier objectif, l'indicateur 1.1 fixe une proportion d'accords de branche (15 % contre 14,7 % en 2016) et d'accords d'entreprise (15 % contre 12 % en 2016) mettant en place des dispositifs relatifs à l'égalité des sexes ; il fixe également un taux de mise en conformité des entreprises suite à une mise en demeure en matière d'égalité professionnelle (95 %) (URL : http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2017/pap/html/DBGPGMOBJINDPGM137.htm).

²⁶³² États législatifs annexés au projet de loi de finances pour 2017 n° 4061 enregistrés à la présidence de l'Assemblée nationale le 28 septembre 2016, p. 205.

²⁶³³ À titre d'exemples, le montant des crédits alloués au programme « égalité entre les femmes et les hommes » (29 826 426) est moins élevé que celui attribué à la recherche universitaire (13 228 867 405), au patrimoine culturel (903 641 815), au développement des entreprises et du tourisme (999 784 093), à la police nationale (10 285 662 723), au Conseil d'État et aux juridictions administratives (397 033 657), à la présidence de la République (100 000 000), aux anciens combattants (37 910 000) ou encore à la chaîne parlementaire (34 887 162).

²⁶³⁴ Article 51 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances.

²⁶³⁵ GÉLY Marie-Laure, « Le budget de l'État : un budget sensible au genre ? », *op. cit.*, p. 472.

²⁶³⁶ Document de politique transversale annexé au projet de loi de finances pour 2017 sur la politique de l'égalité entre les femmes et les hommes, URL : http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2017/pap/pdf/DPT/DPT2017_egalite_femmes_hommes.pdf : axe 1 – Construire la culture de l'égalité des sexes dès le plus jeune âge ; axe 2 – Agir contre la pauvreté et l'exclusion sociale ; axe 3 – Lever les obstacles à l'égalité professionnelle effective ; axe 4 – Réduire les inégalités entre les femmes et les hommes en matière de santé ; axe 5 – Combattre les violences faites aux femmes, protéger les victimes et prévenir la récurrence ; axe 5 – Affirmer la diplomatie des droits des femmes au niveau international.

²⁶³⁷ Par exemple, l'axe 1 relatif à la transmission à l'école d'une culture de l'égalité des sexes à travers la lutte contre les stéréotypes prévoit de favoriser l'accès des filles aux filières majoritairement masculines – et inversement – en prévoyant notamment une proportion de filles de 17 % dans les terminales professionnelles pour 2017 (contre 12,5 % en 2016).

²⁶³⁸ GÉLY Marie-Laure, « Le budget de l'État : un budget sensible au genre ? », *op. cit.*, p. 476.

qu'«il n'est pas possible d'isoler des crédits concourant à cette politique transversale»²⁶³⁹, montrant que «les limites d'une sensibilité au genre du budget de l'État sont ici atteintes»²⁶⁴⁰. En dépit du développement indéniable d'une politique budgétaire consacrée à la lutte contre les inégalités de fait entre les femmes et les hommes, les moyens alloués à cet objectif demeurent tout de même assez limités par rapport à l'ampleur de la démarche affichée par les pouvoirs publics. En outre, les actions en faveur du *gender budgeting* visent principalement les dépenses allouées aux politiques d'égalité des sexes, et moins les recettes fiscales, qui sont pourtant loin d'être neutres par rapport au genre.

797. **Une prise de conscience encore limitée s'agissant des politiques relatives aux recettes fiscales.** Les rapports européens relatifs au *gender budgeting* indiquent qu'une approche des finances publiques en termes de genre ne saurait uniquement concerner les dépenses de l'État. Elle implique aussi de tenir compte des différences entre les sexes dans la contribution aux recettes publiques²⁶⁴¹, de prendre acte de l'effet différencié de l'imposition sur les femmes et les hommes et de son impact sur «l'emploi, la répartition des recettes fiscales, l'économie des soins (en particulier sur la répartition du travail rémunéré et non rémunéré) et sur l'utilisation du temps»²⁶⁴². Or, le système d'imposition sur le revenu prévu par le droit fiscal français – et particulièrement le système du quotient conjugal – apparaît plutôt opposé à de telles exigences, en ce qu'il tend lui-même à reproduire les inégalités entre les femmes et les hommes dans la répartition des rôles sociaux. Le système du quotient conjugal implique obligatoirement une imposition commune – et non individuelle – des couples mariés ou pacsés au titre de l'impôt sur le revenu des personnes physiques (IRPP). La méthode de calcul, qui retient comme base imposable les revenus moyens du couple²⁶⁴³, permet dès lors de retenir un taux d'imposition commune inférieur à celui qui aurait été retenu en cas d'imposition séparée²⁶⁴⁴, mais seulement si

²⁶³⁹ Par exemple pour les programmes «jeunesse et vie associative», «inclusion sociale et protection des personnes», «hébergement, parcours vers le logement et insertion des personnes vulnérables», «transmission des savoirs et démocratisation de la culture», «création», «enseignement supérieur et recherche agricoles», «amélioration de la qualité de l'emploi et des relations de travail», «fonction publique», «vie de l'élève», «protection judiciaire de la jeunesse», «gendarmerie nationale», «police nationale».

²⁶⁴⁰ GÉLY Marie-Laure, «Le budget de l'État : un budget sensible au genre ?», *op. cit.*, p. 474.

²⁶⁴¹ GHILARDOTTI Fiorella, Rapport précité, p. 8.

²⁶⁴² Groupe de spécialistes sur l'intégration d'une perspective de genre dans le processus budgétaire (EG-S-GB), Rapport précité, p. 20.

²⁶⁴³ Plus précisément, chaque membre du couple détient une part entière et «le revenu global du foyer est alors divisé par le nombre de parts, ce qui signifie que le revenu total est réparti de manière uniforme sur les deux membres du foyer» (LEMIÈRE Séverine, *L'accès à l'emploi des femmes, une question de politiques*, Rapport de la mission sur l'emploi des femmes, Ministère des Droits des femmes, mars-octobre 2013, p. 149).

²⁶⁴⁴ COUTELLE Catherine, Rapport d'information n° 1875 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre hommes et les femmes, sur la question des femmes et du système fiscal, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 10 avril 2014, p. 7 : «Le quotient conjugal attribue une part entière à chacun des membres du couple. Dans le cas d'un couple marié ou pacsé sans enfant, le revenu imposable du foyer est divisé par deux $(R1+R2/2)$, puis soumis au barème. L'impôt ainsi obtenu est enfin multiplié par deux. L'impôt dû par le couple marié ou pacsé est donc égal au double de l'impôt dû par une personne seule ayant le revenu moyen des membres du couple».

les conjoints ou les partenaires « disposent de revenus dissymétriques »²⁶⁴⁵. En d'autres termes, « plus les revenus entre les deux membres du couple sont inégaux, plus l'imposition conjointe apporte un avantage fiscal par rapport à l'imposition séparée »²⁶⁴⁶, ce qui tend à favoriser un modèle de couple aux revenus inégaux.

798. Ce système repose sur l'idée d'une solidarité entre les membres d'un foyer fiscal, qui présuppose que ces derniers mettent forcément en commun leurs ressources. Ceci s'explique par le fait que le mécanisme du quotient conjugal a été créé en 1945²⁶⁴⁷, époque à laquelle la norme familiale privilégiait les couples monoactifs au sein desquels le mari pourvoyait en très grande partie aux besoins du couple, le salaire des femmes étant, le cas échéant, considéré comme un « revenu d'appoint »²⁶⁴⁸. L'inégalité des revenus découlant de la répartition traditionnelle des rôles de genre conduisait ainsi à rendre nécessaire la mise en commun des ressources et la solidarité entre époux, principes sur lesquels repose encore aujourd'hui le mécanisme de quotient familial²⁶⁴⁹.

799. Or, des études mettent en exergue une évolution de la pratique des couples, qui ne mutualisent plus forcément leurs ressources, en particulier s'agissant des couples biactifs²⁶⁵⁰. Depuis la Libération, l'augmentation du taux d'emploi des femmes a conduit la plupart des conjoints à avoir des revenus séparés leur permettant de subvenir à leurs propres besoins, ne rendant plus systématique la mise en commun des ressources. Le mécanisme du quotient familial, fondé sur un modèle « patriarcal »²⁶⁵¹, est demeuré quasiment inchangé et se révèle ainsi inadapté aux évolutions des rôles de genre, aboutissant à des inégalités : dans les cas où les couples mariés ou pacsés ne mutualisent pas leurs ressources, les membres du couple se voient pourtant quand même imposer le quotient familial. Ceux qui ont un revenu inférieur à celui de leur époux ou de leur partenaire – soit les femmes dans la majorité des cas – doivent alors apporter une contribution personnelle plus importante que si elles ou ils avaient été célibataires ou en

²⁶⁴⁵ MARINHO Anapaula Trindade, VAPAILLE Laurence, « La fiscalité des particuliers au prisme du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, op. cit., p. 453.

²⁶⁴⁶ Avis n° 2013-0912 du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, recommandation n° 7 « réformer le quotient conjugal ».

²⁶⁴⁷ Loi n° 45-0195 du 31 décembre 1945 portant fixation du budget général, *JORF* du 1^{er} janvier 1946, p. 2.

²⁶⁴⁸ COUTELLE Catherine, Rapport d'information n° 1875 précité, p. 8 : « Ce modèle est cohérent avec une certaine norme familiale : celle de “Monsieur Gagnepain” et “Madame Aufoyer”, où le salaire des femmes, lorsqu'il existe est davantage considéré comme un “revenu d'appoint”. Il contribuait aux côtés d'autres dispositifs à soutenir cette forme d'organisation familiale, jugée souhaitable ».

²⁶⁴⁹ MARINHO Anapaula Trindade, VAPAILLE Laurence, « La fiscalité des particuliers au prisme du genre », op. cit., p. 457.

²⁶⁵⁰ COUTELLE Catherine, rapport d'information n° 1875 précité, p. 15 : « Une étude dirigée par l'économiste Sophie Ponthieux (Insee, 2012) a ainsi montré que parmi les couples qui vivent ensemble depuis au moins un an, et dont au moins un des conjoints est actif (qui représentent près de la moitié des couples français), moins des deux tiers déclaraient mettre leurs revenus intégralement en commun en 2010. Les autres se répartissent à peu près également entre ceux qui déclarent mettre en commun seulement une partie de leurs revenus et ceux qui déclarent les séparer totalement ».

²⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 16.

concubinage. En d'autres termes, le système aboutit à davantage taxer l'activité des femmes qui ont un revenu séparé et non mutualisé.

800. En outre, en avantageant les couples monoactifs, le mécanisme de l'imposition commune tend à décourager les membres du couple ayant le revenu le plus bas – le plus souvent les femmes – à exercer ou reprendre une activité professionnelle, par exemple après une grossesse. Il est fiscalement plus avantageux pour les femmes de ne pas conserver la source de revenus issue de leur activité professionnelle, lorsqu'elles sont moins bien rémunérées que leur mari, ou que leur partenaire²⁶⁵². Avec le système de la progressivité de l'impôt par tranche, les femmes moins bien rémunérées hésiteraient de plus à apporter une source de revenus supplémentaires qui pourraient faire basculer les revenus imposables du couple dans la tranche supérieure, augmentant ainsi le taux d'imposition²⁶⁵³. L'arbitrage opéré par ces femmes « en fonction du coût de leurs heures de travail »²⁶⁵⁴ les conduirait dès lors à choisir le travail domestique non rémunéré plutôt qu'une activité professionnelle rémunérée, et ce d'autant plus que les tâches domestiques, comme la garde des enfants, représentent elles-mêmes un coût important lorsque les deux conjoints exercent une activité en-dehors du foyer²⁶⁵⁵. Sur ce point, des mécanismes fiscaux en théorie plutôt incitatifs au retour à l'emploi des femmes ont pourtant été mis en place, à savoir les crédits d'impôt pour l'emploi d'un salarié à domicile²⁶⁵⁶ et pour les frais de garde des enfants âgés de moins de six ans²⁶⁵⁷. Les objectifs visés par les projets de loi de finances sont bien de « développer les emplois de service à la personne » et « d'aider à la garde des jeunes enfants »²⁶⁵⁸. Mais l'incitation financière au travail prévue par ces mécanismes apparaît « dérisoire » pour certains auteurs, car le montant qu'il est possible de récupérer au niveau des impôts est plafonné et demeure trop faible pour que les conjoints – et en particulier les femmes – trouvent un avantage financier à délaisser totalement le travail domestique²⁶⁵⁹. À cela s'ajoutent les « effets désincitatifs »²⁶⁶⁰ des mécanismes fiscaux comme la prime pour l'emploi (PPE) – remplacé depuis 2016 par la prime d'activité²⁶⁶¹ – ou sociaux comme le revenu de solidarité active (RSA). Si ces

²⁶⁵² *Ibid.*, p. 22 : « Lorsque les revenus sont différents, le taux marginal d'imposition du second apporteur de ressources (souvent les femmes) est supérieur à ce qu'il serait dans le cas d'une déclaration séparée, avec ainsi une forme de "surtaxe", et un taux plus faible pour son conjoint ».

²⁶⁵³ MARINHO Anapaula Trindade, VAPAILLE Laurence, « La fiscalité des particuliers au prisme du genre », *op. cit.*, p. 463.

²⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 463.

²⁶⁵⁵ Voir l'audition de Jean-Marie Monnier, professeur d'économie à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, in COUTELLE Catherine, rapport d'information n° 1875 précité, p. 49.

²⁶⁵⁶ Article 199 *sexdecies* du Code général des impôts.

²⁶⁵⁷ Article 200 quater B du Code général des impôts.

²⁶⁵⁸ Voir la présentation des crédits et des dépenses fiscales du programme n° 137 relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, annexé au projet de loi de finances pour 2017.

²⁶⁵⁹ MARINHO Anapaula Trindade, VAPAILLE Laurence, « La fiscalité des particuliers au prisme du genre », *op. cit.*, p. 464.

²⁶⁶⁰ COUTELLE Catherine, rapport d'information n° 1875 précité, p. 35.

²⁶⁶¹ Article 28 de la loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014, qui abroge l'article 200 *sexies* du Code général des impôts. Le nouveau dispositif (décret n° 2015-1709 du 21 décembre 2015 relatif à la prime d'activité, insérant le

mécanismes visent à lutter contre la pauvreté et à soutenir les personnes à faible revenu, ils peuvent néanmoins conduire les femmes vivant en couple et faiblement rémunérées à choisir de se retirer du marché du travail²⁶⁶² ou à travailler à temps partiel pour en bénéficier. Pour certains, ces soutiens financiers « aux femmes occupant des emplois précaires » ont dès lors « également conduit à normaliser cette forme d'emploi » et à perpétuer la faible présence des femmes sur le marché du travail²⁶⁶³.

801. En raison de ces effets sur la perpétuation des rôles de genre inégalitaires, des rapports institutionnels prônent la réforme ou même la suppression du système de l'imposition commune et du quotient conjugal²⁶⁶⁴. Une imposition individuelle des membres des couples mariés et pacsés, fondée sur un « modèle avec deux sujets économiques autonomes »²⁶⁶⁵, permettrait au contraire une indépendance fiscale des femmes contribuant à leur indépendance économique²⁶⁶⁶.

802. En dépit des limites de la politique fiscale, il est toutefois indéniable que les pouvoirs publics ont orienté le budget de l'État, en particulier depuis les années 2010, dans le but de répondre aux exigences d'une approche intégrée de l'égalité. Cette dernière a conduit les pouvoirs publics à étendre leur action à de nombreux domaines, pour combattre les stéréotypes et modifier les rôles de genre traditionnels.

B. L'expansion de l'action des pouvoirs publics en matière d'égalité des sexes

803. La volonté des pouvoirs publics de modifier la structure des inégalités entre les femmes et les hommes se manifeste, surtout depuis les années 2010, par la multiplication des domaines désormais ciblés par les politiques égalitaires. Loin de concerner seulement l'égalité professionnelle ou la parité en politique, la réalisation de « l'égalité réelle »²⁶⁶⁷ mobilise, de ce point de vue, l'action des organes législatif et exécutif – souvent sous l'impulsion d'institutions spécialisées au premier rang desquelles se trouve le Haut Conseil à l'égalité. Le législateur appelle

titre IV du livre VIII du Code de la sécurité sociale) fusionne la PPE et le RSA « activité », et « vise à inciter à l'exercice ou à la reprise d'une activité professionnelle, en complétant les ressources des travailleurs aux revenus modestes ».

²⁶⁶² LEMIERE Séverine, *L'accès à l'emploi des femmes, une question de politiques*, *op. cit.*, p. 136 : « Seulement 23 % de femmes en couple bénéficiaires du RSA ont des revenus d'activité professionnelle contre 48 % des hommes en couple ».

²⁶⁶³ *Ibid.*, p. 139.

²⁶⁶⁴ Voir le rapport de l'OCDE, *Études économiques de l'OCDE*, France, mars 2015, p. 49. COUTELLE Catherine, rapport d'information n° 1875 précité ; LEMIERE Séverine, *L'accès à l'emploi des femmes, une question de politiques*, Rapport précité ; avis n° 2013-0912 du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, recommandation n° 7 « réformer le quotient conjugal ».

²⁶⁶⁵ COUTELLE Catherine, rapport d'information n° 1875 précité, p. 27.

²⁶⁶⁶ MARINHO Trindade, VAPAILLE Laurence, « La fiscalité des particuliers au prisme du genre », *op. cit.*, p. 462.

²⁶⁶⁷ Ainsi la loi pour l'égalité réelle de 2014 ne concerne-t-elle pas un domaine spécifique, mais prévoit, dans une perspective structurelle, des dispositions relatives à l'égalité dans la vie professionnelle, à l'articulation des responsabilités familiales et professionnelles la lutte contre les violences faites aux femmes, contre système prostitutionnel, contre la précarité, à la maîtrise de la sexualité, à l'articulation des responsabilités familiales et professionnelles, à la lutte contre les stéréotypes sexistes dans les médias, ou encore à la parité (loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes).

« à prendre conscience lors de l'élaboration des politiques publiques de leurs impacts différenciés pour déconstruire les stéréotypes sexistes encore en présence »²⁶⁶⁸. Les pouvoirs publics ont pris des mesures dans des domaines où se forment les représentations des rôles de genre, conduisant à donner un contenu substantiel au principe d'égalité. Agir à travers des politiques publiques *a priori* peu concernées par les inégalités de genre revient dès lors à admettre qu'aucune politique n'est neutre quant au genre en raison du caractère structurel des inégalités (1). Les pouvoirs publics se sont également attachés – certes dans une certaine mesure – à agir sur la division entre la sphère domestique et la sphère publique identifiée comme étant le fondement même de la hiérarchie de genre, en cherchant à modifier les rapports de genre, en particulier la répartition genrée des responsabilités familiales : la plus grande implication des hommes dans la sphère domestique est en effet considéré comme le corollaire indispensable à l'accès des femmes à la sphère publique et professionnelle²⁶⁶⁹ (2).

- 1) Transformer les représentations des rôles de genre par l'extension de la lutte contre les stéréotypes

804. De nombreux domaines sont particulièrement ciblés par les pouvoirs publics pour remettre en cause les représentations traditionnelles des rôles de genre, comme l'éducation, le sport²⁶⁷⁰, la santé²⁶⁷¹, la culture et les médias, ou encore l'aménagement du territoire et de l'espace public. On se concentrera dans le cadre du présent travail sur deux d'entre eux, l'éducation et l'aménagement de l'espace public : dans ces domaines, le contenu substantiel donné par les politiques publiques au principe d'égalité, sa dimension transformative, s'est précisément heurté à des résistances particulièrement vives et à des limites non négligeables.

805. **L'éducation.** Les pouvoirs publics ont pris acte de l'insuffisance de l'application du principe d'égalité comme exigence d'indifférenciation, de mixité, pour remédier aux inégalités de fait. Ils dirigent depuis 2012 leur action vers la déconstruction des rôles de genre dans l'enseignement, qui conduisent à un choix de formation différencié et hiérarchisé selon les sexes,

²⁶⁶⁸ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, NOR : DFEX1313602L/Bleue-1, 1^{er} juillet 2013, p. 13.

²⁶⁶⁹ Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité, Rapport final d'activités du *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, Direction générale des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, mai 1998 (version française 2004), p. 9.

²⁶⁷⁰ DEYDIER Brigitte, *Femmes et sports*, Rapport remis au ministre de la Jeunesse, des Sports et de la Vie Associative et à Nicole Ameline, ministre de la Parité et de l'Égalité Professionnelle, avril 2004 ; ANDRÉ Michèle, *Femmes et sports*, Rapport d'activité fait pour l'année 2010-2011 au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, enregistré à la présidence du Sénat le 21 juin 2011.

²⁶⁷¹ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *La santé et l'accès aux soins : une urgence pour les femmes en situation de précarité*, Rapport n° 2017-05-29-SAN-O27, 29 mai 2017.

aboutissant à freiner l'accès des femmes aux métiers les plus valorisés²⁶⁷². De nombreux rapports institutionnels, nourris de travaux sociologiques, mettent ainsi en évidence la persistance des inégalités, qui se manifestent notamment par le contraste entre, d'un côté, la plus grande réussite scolaire des filles par rapport aux garçons et, de l'autre, un choix d'orientation plus restreint pour les filles que pour les garçons²⁶⁷³. De telles inégalités seraient perpétuées par des enseignements différenciés selon le sexe des élèves – les garçons étant par exemple plus encouragés et sollicités que les filles par les enseignants²⁶⁷⁴ –, par le maintien dans les enseignements et dans les manuels scolaires d'une faible représentation des femmes et d'une valorisation des rôles de genre traditionnels²⁶⁷⁵, ainsi que par une orientation sexuée dès la fin du collège²⁶⁷⁶ « qui enferment les filles et les garçons dans des trajectoires déjà tracées »²⁶⁷⁷. Afin de remédier à ces inégalités de genre, les pouvoirs publics se sont donc attachés à transformer les stéréotypes de genre à l'origine de la persistance d'une faible mixité sexuée sur le marché du travail²⁶⁷⁸.

806. Le législateur avait certes déjà prévu en 1989²⁶⁷⁹ et en 2005²⁶⁸⁰ l'objectif pour les établissements scolaires de favoriser l'égalité des sexes, notamment en matière d'orientation. Mais la loi de 2013 pour la refondation de l'école tend clairement vers une nouvelle étape par l'élargissement du rôle du service public de l'éducation dans la transformation des rôles de genre : le Code de l'éducation se voit maintenant attribuer comme objectif un enseignement moral et civique pour faire acquérir aux élèves notamment le respect de l'égalité entre les femmes et les hommes²⁶⁸¹. Par ailleurs, avec la cinquième convention interministérielle sur l'égalité entre les

²⁶⁷² Convention interministérielle pour l'égalité entre les filles et les garçons, les femmes et les hommes, dans le système éducatif (2013-2018) du 7 février 2013, NOR : MENE1300072X, p. 2.

²⁶⁷³ NAVES Marie-Cécile, WISNIA-WEIL Vanessa, *Lutter contre les stéréotypes filles-garçon. Un enjeu d'égalité et de mixité dès l'enfance*, Premier ministre, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, janvier 2014, p. 14.

²⁶⁷⁴ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Faire des personnels enseignants et d'éducation les moteurs de l'apprentissage et de l'expérience de l'égalité*, Rapport n° 2016-12-12-STER-025, 2017, p. 5.

²⁶⁷⁵ NAVES Marie-Cécile, WISNIA-WEIL Vanessa, Rapport précité, p. 14.

²⁶⁷⁶ TRAORE Boubou, *Filles et garçons sur le chemin de l'égalité de l'école à l'enseignement supérieur*, Direction de l'évaluation de la prospective et de la performance du ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, 2016, p. 12. La mixité est rarement atteinte dans les filières du second degré : par exemple, on trouve « 85 % de filles en santé-social et 86 % de garçons en sciences de l'ingénieur ».

²⁶⁷⁷ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Faire des personnels enseignants et d'éducation les moteurs de l'apprentissage et de l'expérience de l'égalité*, Rapport précité, p. 18.

²⁶⁷⁸ LEROY Michel, *L'égalité entre les filles et les garçons dans les écoles et les établissements*, Rapport n° 2013-041 de l'Inspection générale de l'Éducation nationale adressé au ministre de l'Éducation nationale, mai 2013, p. 16.

²⁶⁷⁹ Article 1^{er} de la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation, abrogé par l'article 7 de l'ordonnance 2000-549 2000-06-15 du 15 juin 2000.

²⁶⁸⁰ Article 5 de la loi n° 2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.

²⁶⁸¹ Article 41 de la loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République, modifiant l'article L. 311-4 du Code de l'éducation. Il prévoit également que les écoles supérieures du professorat et de l'éducation, créées pour la formation des enseignants, dispensent des « formations de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes » (article 70 de la loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013, modifiant l'article L. 721-2 du Code de l'éducation). Le Code de l'éducation prévoit en outre, depuis 2010, la dispense à tous les stades de la scolarité d'« une information consacrée à l'égalité entre les hommes et les femmes, à la lutte contre les préjugés sexistes et à la lutte contre les violences faites aux femmes et les violences commises au sein du couple » (article 23 de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, créant l'article L. 312-17-1 du Code de l'éducation).

filles et les garçons dans le système éducatif, signée en 2013, le gouvernement poursuit la dynamique initiée en 1984²⁶⁸² afin de « modifier la division sexuée des rôles dans la société »²⁶⁸³. La convention cherche à créer une impulsion au niveau local, dans les académies et les établissements scolaires, à travers trois phases d'action : la lutte contre les stéréotypes dans les enseignements, la prévention des violences sexistes et sexuelles, et la mixité des filières de formation. L'action du gouvernement a par ailleurs conduit à l'adoption en 2013 du programme expérimental – et très controversé – « ABCD de l'égalité » par la ministre de l'éducation Najat Vallaud-Belkacem, remplacé et généralisé par le ministre Benoît Hamon le 30 juin 2014 à travers le plan d'action pour l'égalité entre les filles et les garçons à l'école, qui prévoient à la fois la formation du personnel éducatif²⁶⁸⁴, ainsi que des outils pédagogiques²⁶⁸⁵ pour aider les enseignants à transmettre la « valeur » de l'égalité des sexes et à lutter contre les « stéréotypes sexistes »²⁶⁸⁶. C'est précisément la dimension transformative de l'égalité qui a fait l'objet d'une vive polémique, en particulier à l'occasion de l'introduction en 2011 dans certains manuels de SVT de la distinction entre sexe biologique et identité de genre²⁶⁸⁷, puis des « ABCD de l'égalité » en 2013 insistant sur l'absence de corrélation nécessaire entre le fait d'être biologiquement reconnu comme fille ou garçon et l'adoption de comportements dits féminins ou masculins²⁶⁸⁸. Pour les « anti-genre »²⁶⁸⁹, la perspective de genre, qui va de pair avec la dimension transformative de l'égalité conduisant à la remise en cause des rôles de genre stéréotypés, aboutirait à la « confusion des genres »²⁶⁹⁰, et, par suite, à une « révolution anthropologique », dont l'une des manifestations

²⁶⁸² La première convention relative à l'égalité filles-garçons a été signée le 20 décembre 1984 par le ministre de l'Éducation nationale Jean-Pierre Chevènement et la ministre en charge du droit des femmes Yvette Roudy. Cette initiative a été renouvelée en 1989, 2000, 2006 et 2013. Dès la convention de 2000, la démarche est de supprimer les stéréotypes sexistes qui influent sur les choix d'orientation. Voir la convention pour l'égalité entre les filles et les garçons, les femmes et les hommes, dans le système éducatif du 29 juin 2006, NOR : MENE0603248X : « Il s'agit de permettre aux filles et aux garçons de sortir de tout déterminisme sexué de l'orientation ».

²⁶⁸³ Convention interministérielle pour l'égalité entre les filles et les garçons, les femmes et les hommes, dans le système éducatif (2013-2018) du 7 février 2013, NOR : MENE1300072X, p. 2.

²⁶⁸⁴ Il est prévu une formation initiale des élèves enseignants dans les écoles supérieures du professorat et de l'éducation, une formation continue des cadres de l'éducation nationale du 1^{er} et du 2^d degré, ainsi qu'une formation continue des enseignants.

²⁶⁸⁵ La plateforme Canopé, un réseau d'accompagnement pédagogique placé sous la tutelle du ministère de l'Éducation nationale, prévoit ainsi un site internet regroupant des ressources pédagogiques concrètes pour guider les enseignants à définir un programme orienté vers l'égalité entre les filles et les garçons (URL : <https://www.reseau-canope.fr/outils-egalite-filles-garcons.html>).

²⁶⁸⁶ Circulaire n° 2015-003 du 20 janvier 2015 sur la mise en œuvre de la politique éducative en faveur de l'égalité entre les filles et les garçons à l'École NOR : MENE1500237C, adressée par la ministre de l'Éducation nationale notamment aux académies, à la présidence des universités, à l'inspection générale de l'éducation nationale, à la direction des écoles.

²⁶⁸⁷ PATERNOTTE David, VAN DER DUSSEN Sophie, PIETTE Valérie, *Habemus gender ! Déconstruction d'une riposte religieuse*, Éditions de l'université de Bruxelles, 2015, p. 10.

²⁶⁸⁸ Inspection générale de l'Éducation nationale, *Évaluation du dispositif expérimental « ABCD de l'égalité »*, Rapport n° 2014-047 au ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, juin 2014, p. 11.

²⁶⁸⁹ Voir sur cette question : PATERNOTTE David, VAN DER DUSSEN Sophie, PIETTE Valérie, *Habemus gender ! Déconstruction d'une riposte religieuse*, op. cit.

²⁶⁹⁰ BOURGES Béatrice, MIRKOVIC Aude, MONTFORT Elizabeth, *De la théorie du genre au mariage de même sexe. L'effet dominos*, Valence, Peuple libre, 2013, p. 3.

les plus prégnantes serait le mariage des personnes de même sexe²⁶⁹¹. Ces critiques expliquent sans nul doute pourquoi le bilan de ce plan d'action s'est pour l'instant révélé contrasté, notamment s'agissant de la formation des enseignants selon le rapport du Haut Conseil à l'égalité de 2017²⁶⁹². Il reste que ce plan marque la volonté des pouvoirs publics de modifier les représentations des rôles de genre dès l'école, afin de permettre une transformation des rôles sociaux plus tard dans la vie familiale et professionnelle, conduisant à donner un contenu substantiel au principe d'égalité en dépit des résistances.

807. **L'aménagement du territoire et de l'espace public.** Les pouvoirs publics ont récemment pris acte de l'absence de neutralité des politiques d'aménagement du territoire vis-à-vis des inégalités entre les femmes et les hommes. Dans son rapport EGALiTER publié en 2014, le Haut Conseil à l'égalité met en évidence le rôle de la « prétendue neutralité des politiques publiques » adoptées en matière territoriale dans la persistance de celles-ci²⁶⁹³. Ce rapport, comme de nombreux travaux sociologiques²⁶⁹⁴, montre en effet que l'espace public est largement imprégné des représentations sexuées des rôles sociaux, à l'origine de la perpétuation des inégalités de genre²⁶⁹⁵; cela signifie, en contrepartie, que les politiques territoriales ont la possibilité de combattre de telles inégalités, en agissant sur la façon dont l'espace public est occupé par les femmes et les hommes.

808. Les inégalités entre les femmes et les hommes dans l'aménagement du territoire et de l'espace public peuvent être appréhendées de trois manières. Premièrement, en admettant que ces inégalités varient d'un territoire à l'autre et de prendre ainsi en compte la triple charge provoquée

²⁶⁹¹ Cf. *infra* section II.

²⁶⁹² Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Faire des personnels enseignants et d'éducation les moteurs de l'apprentissage et de l'expérience de l'égalité*, Rapport précité, p. 31 : « La moitié des ESPE répondantes (12 sur 24) considère avoir formé la totalité de leurs étudiant.e.s. 1 sur 3 déclare, en dépit de l'obligation légale, ne pas former la totalité de leurs étudiant.e.s : la part des étudiant.e.s formé.e.s varie alors entre 10 % et 68 %, soit moins de la moitié en moyenne (44 %). 1 sur 2 propose un module dédié à la question de l'égalité filles-garçons. Seul un tiers combine modules dédiés et intégrés. Le volume horaire annoncé pour la formation est très variable d'une ESPE à l'autre : entre 2 heures et 57 heures annuelles en 2014-2015 ».

²⁶⁹³ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Combattre maintenant les inégalités sexuées, sociales et territoriales dans les quartiers de la politique de la ville et les territoires ruraux fragilisés*, Rapport n° 2014-06-19-EGALiTER-012, 2014, p. 4.

²⁶⁹⁴ Pour la France, voir par exemple COUTRAS Jacqueline, *Crise urbaine et espaces sexués*, Paris, Armand Colin, 1996 ; DENÉFLE Sylvette, *Femmes et villes*, Presses Universitaires de François Rabelais, 2004 ; LIEBER Marylène, *Genre, violences et espaces publics. La vulnérabilité des femmes en question*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2008 ; voir également le numéro de la revue *Travail, genre et sociétés*, *Le genre, la ville*, n° 33, 2015/1.

²⁶⁹⁵ DENÉFLE Sylvette, *Utopies féministes et expérimentations urbaines*, Presses Universitaires de Rennes, 2008, p. 9 : « À l'évidence, les femmes ne sont pas tout à fait "des hommes comme les autres" et c'est dans l'espace urbain que ces différences sociales entre les sexes expriment leurs dimensions. Les difficultés socio-économiques amènent les femmes dans les quartiers d'habitat social, les obligations domestiques conditionnent leurs déplacements, l'insécurité stigmatise leur présence dans les espaces publics qui ne leur sont pas indifféremment ouverts selon qu'il fasse jour ou nuit. Leur place parmi les gestionnaires et les décideurs des politiques urbaines reste marginale et les métiers de la ville demeurent encore bien masculins ».

par l'inégalité territoriale, sociale et sexuée²⁶⁹⁶, impliquant l'intervention des acteurs des politiques territoriales²⁶⁹⁷.

809. Deuxièmement, la réduction des inégalités de genre implique la prise de conscience d'une utilisation de l'espace public sexuée et inégalitaire, car reposant sur la répartition hiérarchique des rôles de genre. Le rapport EGALiTER met en exergue une utilisation sexuée de l'espace public « sur tout le territoire » et invite à le repenser en prenant en compte cette manifestation des inégalités de genre²⁶⁹⁸. Des travaux sociologiques ont ainsi souligné que la ville était le « reflet des normes de sexe »²⁶⁹⁹, l'investissement de l'espace public par les femmes et les hommes reflétant la hiérarchisation des rôles sociaux. En particulier, la présence des femmes dans l'espace public est davantage limitée que celle des hommes, car elles intègrent des limites spatiales à ne pas franchir au risque de mettre en jeu leur sécurité²⁷⁰⁰. L'espace public apparaît comme un « lieu privilégié du contrôle social »²⁷⁰¹ – du contrôle du respect des normes de genre notamment – et des violences de genre commises à l'encontre des femmes et des personnes homosexuelles ou transgenres qui ne correspondent précisément pas aux normes de genre, particulièrement accrues dans les territoires sensibles²⁷⁰². De cette manière, la question du harcèlement sexiste dans l'espace public a fait l'objet d'une politique particulièrement active, renforcée « suite la libération de la parole des femmes suscitée par l'affaire *Weinstein* », et ce en dépit des critiques fondées sur la « liberté sexuelle » s'opposant à l'intervention du droit dans ce domaine²⁷⁰³. Le Haut Conseil à l'égalité

²⁶⁹⁶ Rapport EGALiTER précité, p. 40. Le rapport entend accentuer l'action des pouvoirs publics sur certains territoires considérés comme particulièrement touchés par les inégalités entre les femmes et les hommes. En faisant explicitement référence aux « discriminations multicritères » et au « concept d'intersectionnalité », le Haut Conseil à l'égalité vise ici à combattre « l'intersection des inégalités entre les sexes avec des inégalités sociales et territoriales importantes, [qui] conduit à des inégalités renforcées » (p. 3). Que ce soit en milieu rural ou dans les quartiers défavorisés, le rapport EGALiTER met en effet en évidence que, par rapport au niveau national, les femmes sont davantage touchées par la pauvreté, sont plus en retrait en matière d'emploi et prennent davantage en charge les responsabilités familiales les conduisant à choisir de travailler à temps partiel ou en contrat précaire.

²⁶⁹⁷ Article 11 de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, modifiant l'article L. 1111-2 alinéa 2 du Code général des collectivités territoriales : « Les communes, les départements et les régions [...] concourent avec l'État à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, à la lutte contre les discriminations, à la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes [...] ». En outre, concernant les quartiers urbains défavorisés, la loi égalité et citoyenneté de 2017 prend acte du rapport et oblige désormais les pouvoirs publics à définir obligatoirement des actions stratégiques dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes lors de l'élaboration des « contrats de ville » (article 201 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, modifiant l'article L. 1111-4 du Code général des collectivités territoriales).

²⁶⁹⁸ L'occupation sexuée de l'espace public repose en effet, selon les termes du rapport, sur « la division sexuée du travail [qui] a établi des rôles de sexe, justifiés par des stéréotypes de sexe : les femmes, par leur rôle social de “reproductrices”, seraient assignées aux tâches domestiques, à l'intérieur du foyer – espace privé – alors que les hommes, en tant que “chef de famille”, auraient la responsabilité de la pérennité économique du ménage en allant travailler à l'extérieur – espace public » (rapport EGALiTER précité, p. 95).

²⁶⁹⁹ DENÈFLE Sylvette, *Femmes et villes*, op. cit., p. 15.

²⁷⁰⁰ RAIBAUD Yves, « Durable mais inégalitaire : la ville », *Travail, genre et sociétés*, n° 33, 2015/1, p. 31.

²⁷⁰¹ Rapport EGALiTER précité, p. 105.

²⁷⁰² Rapport EGALiTER, précité, p. 119.

²⁷⁰³ REGINE, « Droit et genre. Janvier 2017 - janvier 2018 », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 919 : « À travers ce mouvement de société, c'est bien un ordre sexué et inégalitaire, dans lequel le corps des femmes apparaît comme disponible et leur consentement comme insignifiant, qui est frontalement remis en cause. Au point qu'en réaction, certaines voix ont pu s'élever dans une tribune

rappelle du reste sur ce point que le « harcèlement sexiste », contrairement aux « violences sexuelles »²⁷⁰⁴, n'est pas juridiquement défini, en ce qu'il recouvre des phénomènes qui ne sont pas réprimés par le droit – et qui, pour certains, relève de la séduction. En effet, si les propos, tels l'injure publique et la menace commises à raison du sexe, constituent bien des délits sanctionnés par la loi, les comportements comme les sifflements, les commentaires sur le physique, la présence envahissante (obstruction de passage), les regards ou les invitations insistants, ne sont pas punis sur le terrain pénal²⁷⁰⁵. Mais il est précisément important, pour le Haut Conseil, que les pouvoirs publics les préviennent, car ils forment une manifestation des inégalités de genre dans l'espace public – notamment à travers une « intériorisation du système de genre par les femmes »²⁷⁰⁶ – et font le lit des violences sexuelles²⁷⁰⁷.

810. Les pouvoirs publics, avisés par le Haut Conseil l'égalité²⁷⁰⁸, ont en ce sens montré leur ténacité à se saisir de la question en réprimant ce type de harcèlement, sur le lieu de travail²⁷⁰⁹, mais aussi plus généralement dans l'espace public et notamment dans les transports. Le législateur de 2016 a ainsi modifié le Code des transports, afin d'y intégrer l'obligation faite aux autorités organisatrices de transports collectifs de personnes de dresser un bilan annuel sur les atteintes à caractère sexiste dans les transports²⁷¹⁰. Surtout, le gouvernement a été jusqu'à élaborer en 2018 un projet de loi visant à sanctionner pénalement l'« outrage sexiste », reprenant quasiment la

largement médiatisée pour défendre un prétendu ordre social « à la française », qui passerait par une « liberté d'importuner », laquelle serait « indispensable à la liberté sexuelle » (*Le Monde*, 8 janv. 2018).

²⁷⁰⁴ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, avis sur le harcèlement sexiste et les violences sexuelles dans les transports en commun précité, p. 14.

²⁷⁰⁵ Le Haut Conseil à l'égalité définit le harcèlement sexiste comme « le fait d'imposer tout propos ou comportement, à raison du sexe, de l'orientation ou de l'identité sexuelle supposée ou réelle d'une personne, qui a pour objet ou pour effet de créer une situation intimidante, humiliante, dégradante ou offensante portant ainsi atteinte à la dignité de la personne » (avis sur le harcèlement sexiste et les violences sexuelles dans les transports en commun, *op. cit.*, p. 13).

²⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 16-17. La pression psychologique – état de peur, de stress, de colère – subie par les victimes de harcèlement sexiste conduit celle-ci à modifier leur utilisation quotidienne de l'espace public et leur comportement au sein de celui-ci.

²⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 14.

²⁷⁰⁸ L'avis du Haut Conseil à l'égalité préconise dès lors un certain nombre de recommandations regroupées en trois orientations : définir et mesurer le harcèlement sexiste et les violences sexuelles dans l'espace public et en particulier dans les transports en commun, agir au niveau des opérateurs de transport et agir au niveau des pouvoirs publics (avis sur le harcèlement sexiste et les violences sexuelles dans les transports en commun, n° 2015-04-16-VIO-16 publié le 16 avril 2015, p. 5).

²⁷⁰⁹ La loi Rebsamen prohibe tout type d'agissement sexiste sur le lieu de travail « défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant » (article 20 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi).

²⁷¹⁰ Ce bilan, transmis au Défenseur des droits, à l'Observatoire national des violences faites aux femmes et au Haut Conseil à l'égalité, doit énoncer les actions entreprises pour prévenir et recenser ces atteintes. Article 22 de la loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs, modifiant les articles L. 1632-1 et L. 2251-1 du Code des transports. Concernant la prise en charge de cette problématique par les opérateurs de transport et par les pouvoirs publics, la secrétaire d'État chargée des droits des femmes Pascale Boistard a lancé un plan d'action le 9 juillet 2015 aux côtés de la RATP et de la SNCF afin de « faire reculer l'ensemble des manifestations de sexisme limitant les possibilités de présence ou de déplacement des femmes dans l'espace public » (URL : <http://www.familles-enfance-droitsdesfemmes.gouv.fr/dossiers/lutte-contre-les-violences/harcèlement-transports/le-plan-national/>).

définition du harcèlement sexiste donnée par le Haut Conseil à l'égalité²⁷¹¹. Le législateur a ainsi fait le choix, dans une perspective de concrétisation de l'égalité²⁷¹², d'une intervention du droit dans la régulation de comportements sociaux structurés par des stéréotypes de genre, même lorsque ceux-ci n'aboutissent pas à des violences sexuelles au sens juridique.

811. Outre les interrogations liées à la légitimité de l'intervention du législateur – ainsi qu'à sa compétence²⁷¹³ –, la lutte contre le harcèlement sexiste dans l'espace public a suscité d'autres réserves. D'aucuns ont ainsi émis le risque de « victimisation » engendré par les politiques sécuritaires spécifiques aux femmes, qui tend à perpétuer le modèle de la femme « victime » et de l'homme « prédateur », et « l'idée d'une vulnérabilité féminine naturelle et d'une dangerosité de l'espace public »²⁷¹⁴. Ce risque est particulièrement prégnant s'agissant de la stigmatisation des populations issues de l'immigration fortement présentes dans les territoires « fragilisés »²⁷¹⁵. Les politiques publiques deviendraient ainsi « des obstacles à leur émancipation »²⁷¹⁶, alors que l'on assiste au contraire à une montée en puissance de l'autonomie des « femmes migrantes » comme objet de législation²⁷¹⁷. Le rapport met lui-même en garde contre une telle approche « culturaliste »²⁷¹⁸ du harcèlement et des violences dans l'espace public, qui tendrait à perpétuer des stéréotypes associant les femmes immigrées à des femmes « soumises, victimes de mariages forcés, d'excision ou de polygamie » et les hommes immigrés « à des hommes violents et dominateurs »²⁷¹⁹.

812. Troisièmement, le rapport EGALiTER montre que la division sexuée de l'espace public est elle-même perpétuée par des politiques d'urbanisme et d'aménagement du territoire peu pensées par et pour les femmes²⁷²⁰. Les politiques publiques en matière d'aménagement du

²⁷¹¹ Article 4 du projet de loi, créant l'article 611-2 du Code pénal : « Constitue un outrage sexiste le fait, hors les cas prévus par les articles 222-13, 222-32, 222-33 et 222-33-2-2, d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit créé à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante [...]. L'outrage sexiste est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe ».

²⁷¹² Étude d'impact du projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, NOR : JUSD1805895L/Bleue-1, 19 mars 2018 : « En ce que le sexisme affecte majoritairement les femmes, la contravention d'outrage sexiste vise à rappeler fermement l'importance que le législateur accorde au principe républicain d'égalité entre les hommes et les femmes et vient lui donner une nouvelle traduction concrète ».

²⁷¹³ Avis du CE, 15 mars 2018, n° 394437, point 34.

²⁷¹⁴ Rapport EGALiTER précité, p. 101.

²⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 186 : « En traitant spécifiquement et exclusivement des violences faites aux femmes immigrées, existe le risque d'associer cette problématique à la figure de l'« étranger ». Cela peut conduire à la fois à une stigmatisation des populations étrangères, et à oublier l'ensemble des problématiques dont souffrent les femmes et les hommes qui peut amener à stigmatiser ces femmes et les hommes des quartiers dans lesquels elles vivent ».

²⁷¹⁶ TUMMERS Lidewij, « Stéréotypes de genre dans la pratique de l'urbanisme », *Travail, genre et société*, n° 33, 2015/1, p. 80.

²⁷¹⁷ Voir la proposition de loi de Marie-George Buffet visant à l'autonomie des femmes étrangères, n° 2963, déposée le 8 juillet 2015 à l'Assemblée nationale.

²⁷¹⁸ Rapport EGALiTER précité, p. 95.

²⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 186.

²⁷²⁰ Des travaux sociologiques ont ainsi mis en évidence comment les décideurs en matière d'architecture et d'urbanisme forgent une organisation de l'espace « basée sur le travail non vu des femmes et comment le travail domestique est rendu difficile pour les

territoire peuvent même s'avérer défavorables aux femmes²⁷²¹. Or, ces travaux sociologiques, repris par le rapport EGALiTER, font le lien entre la perpétuation de la répartition sexuée de l'espace public et la faible féminisation des institutions responsables des politiques relatives à l'aménagement du territoire et à l'urbanisme²⁷²², demeurant largement «une affaire d'hommes»²⁷²³. Le législateur de 2017 est certes apparu soucieux d'améliorer la présence des femmes au sein des organismes prenant part aux décisions relatives aux politiques territoriales, en prévoyant par exemple une composition paritaire des conseils de développement au sein des établissements publics à fiscalité propre²⁷²⁴, ou encore au sein des conseils de jeunes créés au sein des collectivités territoriales ou des EPCI²⁷²⁵. Il reste que ces mesures ne touchent que des instances consultatives, donc de faible importance s'agissant du pouvoir décisionnel en matière d'aménagement du territoire.

813. Si les mesures adoptées pour réduire les inégalités de fait entre les femmes et les hommes dans l'espace public apparaissent encore limitées, elles montrent néanmoins une prise de conscience indéniable des pouvoirs publics de la persistance de celles-ci. Elles s'inscrivent surtout dans un mouvement plus général, d'expansion de l'objectif égalitaire aux politiques publiques, traduisant une véritable impulsion pour établir une «culture» de l'égalité réelle. Mais la seule transformation des «représentations», la seule lutte contre les «stéréotypes de genre», ne saurait être suffisante pour transformer les rôles de genre, fondés sur la division entre le travail productif, dévolu aux hommes, et le travail reproductif, dévolu aux femmes. Le législateur a en effet admis qu'un changement véritable nécessitait d'agir sur ces rôles sociaux eux-mêmes, en considérant que la participation égale des femmes au travail productif impliquait nécessairement une prise en charge égale par les hommes ou par la société du travail reproductif. Le cœur de la politique d'égalité réelle réside dès lors dans les mesures agissant directement sur l'articulation entre la vie familiale et la vie professionnelle des femmes et des hommes.

femmes et invisible pour la société» (BAUHARDT Christine, «Discours féministes et architecture/recherche urbaine», in DENÈFLE Sylvette, *Femmes et villes*, *op. cit.*, p. 43).

²⁷²¹ Par exemple, les politiques visant le développement durable par le soutien aux modes de transports écologiques (marche à pied, vélo, transport en commun) ne prennent pas en compte le fait que la voiture représente un moyen de déplacement plus protecteur face à l'insécurité de l'espace public (RAIBAUD Yves, «Durable mais inégalitaire : la ville», *op. cit.*, p. 33).

²⁷²² Rapport EGALiTER précité, p. 101. Dans les instances exécutives de la CUB (Communauté Urbaine de Bordeaux) auprès desquelles ils ont mené leurs enquêtes, il n'y a «que 7 femmes vice-présidentes pour 29 vice-présidents à la CUB. Le président de la CUB, le maire de Bordeaux, le président du conseil général de la Gironde et le président du conseil régional d'Aquitaine sont des hommes».

²⁷²³ RAIBAUD Yves, «Durable mais inégalitaire : la ville», *op. cit.*, p. 38 ; TUMMERS Lidewij, «Stéréotypes de genre dans la pratique de l'urbanisme», *op. cit.*, p. 71.

²⁷²⁴ Article 57 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, modifiant l'article L. 5211-10-1 du Code général des collectivités territoriales.

²⁷²⁵ Article 55 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, insérant l'article L. 1112-23 du Code général des collectivités territoriales.

2) L'action du législateur sur l'articulation entre la vie familiale et la vie professionnelle

814. La politique d'égalité réelle repose sur le constat que les inégalités de fait qui touchent majoritairement les femmes en matière d'emploi et de retraite, et plus largement, d'accès à la sphère publique, ont une dimension systémique et structurelle. Elles sont en effet à la fois la cause et la conséquence de la division des rôles de genre qui font de la sphère domestique, du travail lié au « care » – les soins aux enfants, aux personnes âgées ou malades, le travail ménager – l'apanage du féminin et non du masculin²⁷²⁶. Cette manière d'appréhender les inégalités de genre a été mise en avant par des auteures féministes depuis les années 1970. Nombre d'auteures soutiennent ainsi que le « travail domestique » (comprenant, au sens large, le travail parental et ménager²⁷²⁷), assumé majoritairement par les femmes, est invisibilisé et dévalorisé dans la société²⁷²⁸, rendant les femmes précaires en termes de ressources et dépendantes économiquement de l'activité professionnelle des hommes²⁷²⁹. L'enjeu est dès lors de repenser la « division sexuelle du travail » hiérarchisée²⁷³⁰, en mettant fin au « conflit » entre la vie familiale et la vie professionnelle²⁷³¹, par une revalorisation du travail domestique dans la société et un partage égal de celui-ci entre les femmes et les hommes. Selon ces travaux, le « domestique est politique »²⁷³² et la distinction entre sphères privée et publique relève d'une idéologie qu'il convient de remettre en question, notamment par une intervention des pouvoirs publics dans la sphère privée, afin de réguler les rôles sociaux hiérarchisés²⁷³³.

²⁷²⁶ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, NOR : DFEX1313602L/Bleue-1, 1^{er} juillet 2013, p. 7 : « Ces inégalités régulièrement constatées sont elles-mêmes largement issues de représentations sexuées, de normes sociales et d'une spécialisation des rôles, en particulier dans le partage des tâches domestiques et familiales, qui est une source majeure des inégalités entre les femmes et les hommes. Ainsi, au sein d'un couple avec enfant, le temps de travail du père et de la mère est similaire, si on comptabilise à la fois le travail rémunéré et travail domestique. Mais les tâches domestiques représentent 2/3 du temps de travail de la femme contre 1/3 de celui de l'homme. La conjonction d'un partage inégalitaire des tâches domestiques au sens large et de rythmes sociaux organisés et pensés pour la mono activité dans les ménages explique une part importante des inégalités professionnelles entre les femmes et les hommes ».

²⁷²⁷ GRÉSY Brigitte, *L'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et familiales dans le monde du travail*, Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS), juin 2011, p. 37.

²⁷²⁸ DOWD Nancy E., « Work and family : the gender paradox and the limitations of discriminations analysis in restructuring the workplace », *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, Vol. 24, 1989, p. 98.

²⁷²⁹ DELPHY Christine, *L'ennemi principal 1. Économie politique du patriarcat*, Paris, Éditions Syllepse, 2009, p. 36.

²⁷³⁰ DELPHY Christine, « Par où attaquer le “partage inégal” du “travail ménager” ? », *Nouvelles Questions Féministes*, Vol. 22, 2003/3, p. 56.

²⁷³¹ DOWD Nancy E., « Work and family : the gender paradox and the limitations of discriminations analysis in restructuring the workplace », *op. cit.*, p. 100 : « *The struggle to think of work and family together requires overcoming the tendency to separate the two and conceive of them as opposites, in contradiction and conflict with each other.* ».

²⁷³² IBOS Caroline, « Travail domestique/domesticité », in RENNES Juliette, *Encyclopédie critique du genre*, Paris, La Découverte, 2016, p. 649.

²⁷³³ TAUB Nadine, SCHNEIDER Elizabeth, « Perspectives on women's subordination and the role of law », in KAIRYS David, *The Politics of Law*, Pantheon Book, 1984, p. 117-139.

815. Les pouvoirs publics français se sont effectivement saisis de cette question, confortés par l'Union européenne qui établit dans les années 1980-1990²⁷³⁴ un lien nécessaire entre l'objectif d'égalité entre les femmes et les hommes et la conciliation entre la vie familiale et professionnelle²⁷³⁵. Mais les premières mesures qui visent, à partir des années 1970, à permettre aux parents, sans distinction de sexe, d'opérer une telle conciliation, ont manqué leur objectif en facilitant indirectement le cantonnement des femmes au travail domestique (a). À partir des années 2000, le législateur a procédé à un changement de perspective en employant des leviers visant à inciter les pères et les acteurs sociaux à davantage s'impliquer dans la prise en charge du travail domestique, afin de permettre un meilleur accès des femmes au marché du travail (b).

- a) Des mesures pour la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle renforçant le rôle des femmes dans la sphère privée

816. À partir des années 1970, le législateur a adopté des mesures visant à permettre aux parents qui travaillent « de ne pas avoir à choisir entre travailler ou avoir des enfants »²⁷³⁶, par des mécanismes de conciliation entre la vie familiale et professionnelle, tels que les congés familiaux ou la flexibilité des horaires de travail. Cette protection de la parentalité permet ainsi théoriquement aux mères comme aux pères de s'impliquer librement dans la vie familiale, tout en étant protégés à la fois financièrement et quant à leur retour à l'emploi. Ces mesures n'ont cependant pas abouti dans les faits à transformer les rôles de genre car elles ont incité les femmes à se retirer du marché du travail pour accomplir les responsabilités familiales. La « conciliation »²⁷³⁷ entre la vie familiale et la vie professionnelle apparaît ainsi être davantage opérée par les femmes que par les hommes²⁷³⁸, le « libre choix » de vie promu par ces mécanismes étant orienté par les inégalités touchant déjà celles-ci sur le marché du travail²⁷³⁹.

²⁷³⁴ Communication de la Commission COM(89) 363 du 8 août 1989 sur les politiques familiales, point 26. La Commission propose d'agir sur quatre terrains en vue d'une telle conciliation : « Une meilleure protection de la maternité et de la grossesse, avec en particulier, des autorisations d'absence et des congés attribués aux parents d'enfants en bas âge ; un encadrement des enfants en âge préscolaire et scolaire ; un meilleur partage des responsabilités familiales ; des mesures portant sur l'horaire de travail (réduction, flexibilité, temps partiel) ».

²⁷³⁵ JACQUOT Sophie, « De l'égalité à l'emploi : la conciliation travail/famille et la modernisation de la procédure sociale au niveau européen », *RDSS*, 2009, p. 1048.

²⁷³⁶ DAUPHIN Sandrine, LETABLIER Marie-Thérèse, « L'articulation de la vie professionnelle et de la vie familiale au cœur de l'europeanisation des politiques familiales », *Informations sociales*, n° 175, 2013/1, p. 94.

²⁷³⁷ LANQUETIN Marie-Thérèse, « L'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes, réalisée en cinq ans ? », *Droit social*, 2006, p. 624 : « Il y a bien longtemps que le terme de "conciliation" est dénoncé car très largement connoté comme une conciliation réservée aux femmes, entre famille et travail ».

²⁷³⁸ DELPHY Christine, « Par où attaquer le "partage inégal" du "travail ménager" ? », *op. cit.*, p. 63 ; TABAROT Michèle, *Le développement de l'offre d'accueil de la petite enfance*, Rapport pour le Premier ministre, Paris, La Documentation française, juillet 2008, p. 16.

²⁷³⁹ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes précitée, p. 7 : « Si pour une partie des femmes le retrait du marché du travail constitue un choix de vie explicite, ce choix est souvent lié à une situation difficile au regard de l'emploi, au fait qu'elles doivent assumer la plus grande partie des tâches domestiques ou à l'absence de mode de garde

817. **Les congés familiaux pris majoritairement par les femmes.** Lors de son institution par le législateur en 1977, le congé parental d'éducation – d'ailleurs présenté dans le projet de loi comme le « congé de mère » – avait pour but de permettre aux seules « mères » de concilier leur vie familiale et leur vie professionnelle, en les autorisant à interrompre leur contrat de travail tout en ayant l'assurance de retrouver leur précédent emploi ou un emploi équivalent à l'issue du congé²⁷⁴⁰. Cette réforme avait certes été adoptée en vue de répondre au « souhait des mères de continuer à travailler » après la naissance d'un enfant²⁷⁴¹. Elle perpétuait toutefois explicitement les rôles de genre traditionnels, en inscrivant dans le Code du travail la dévolution de la charge de l'éducation des enfants aux femmes, au cours des deux premières années après la naissance ou l'adoption d'un enfant. Les pères ne pouvaient en bénéficier que par exception, en cas de refus ou d'impossibilité des mères de l'exercer. Cette inégalité de droit manifeste a néanmoins été supprimée par la loi de 1984 modifiant le congé parental : en ouvrant le dispositif à « tout salarié »²⁷⁴² – et aux fonctionnaires des deux sexes²⁷⁴³ – le législateur a entendu permettre aux pères comme aux mères de concilier leur vie familiale et leur vie professionnelle²⁷⁴⁴, encore été facilité par le volet « sécurité sociale » du congé parental²⁷⁴⁵. Les instigateurs de ces réformes ont souhaité éviter un éloignement trop important des bénéficiaires de l'allocation – en majorité les femmes – du marché du travail, notamment en limitant son versement à six mois pour le premier enfant²⁷⁴⁶, en exigeant des critères d'ancienneté plus stricts ou en favorisant le complément de libre choix d'activité (CLCA) à temps partiel²⁷⁴⁷. D'autres types de congés ont par ailleurs été

satisfaisant. Ce choix peut résulter également des inégalités salariales entre hommes et femmes puisque dans la plupart des cas, il est plus coûteux pour le ménage que ce soit l'homme qui réduise son temps de travail ».

²⁷⁴⁰ Loi n° 77-766 du 12 juillet 1977 instituant un congé parental d'éducation, *JORF* du 13 juillet 1977, p. 3696, ajoutant les articles L. 122-28-1 à L. 122-28-4 du Code du travail.

²⁷⁴¹ Voir l'intervention du rapporteur Jacques Delhalle lors de la première séance du 16 juin 1977 à l'Assemblée nationale, p. 3854.

²⁷⁴² Loi n° 84-9 du 4 janvier 1984 du 4 janvier 1984 portant modification du Code du travail et relative au congé parental d'éducation et au travail à mi-temps des parents d'un jeune enfant, *JORF* du 5 janvier 1984, p. 174.

²⁷⁴³ Article 54 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, article 75 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale ; article 64 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 relative au statut de la fonction publique hospitalière.

²⁷⁴⁴ Voir l'intervention de la secrétaire d'État Georgina Dufoix lors de la séance du 24 novembre 1983 à l'Assemblée nationale, p. 5667.

²⁷⁴⁵ Avec la création, en 1985, de l'allocation parentale d'éducation, permettant une indemnisation financière de l'interruption par les parents de leur activité professionnelle lors de la naissance ou de l'adoption d'un troisième enfant, sous réserve de l'exercice de deux années d'activité professionnelle avant celle-ci (article 6 de la loi n° 85-17 du 4 janvier 1985 relative aux mesures en faveur des jeunes familles et des familles nombreuses, *JORF* du 5 janvier 1985, p. 144, insérant les articles L. 543-17 à L. 543-22 relatifs à l'allocation parentale d'éducation). Cette allocation a été étendue en 1994, en permettant par exemple son versement dès le deuxième enfant ou encore en cas de travail à temps partiel (article 1^{er} de la loi n° 94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille), puis a été remplacée par le (CLCA) compris dans la prestation d'accueil des jeunes enfants (PAJE) créée en 2003, accordée dès le premier enfant jusqu'à ses trois ans (article 60 de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004, insérant l'article L. 531-4 du Code de la sécurité sociale).

²⁷⁴⁶ Article 1^{er} du décret n° 2003-1394 du 31 décembre 2003, insérant l'article D. 531-13 du Code de la sécurité sociale.

²⁷⁴⁷ GAILLARD Claude, Rapport n° 1157 présenté au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2004 (n° 1106), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 octobre 2003.

conçus et étendus en 2015 par la loi El Khomri²⁷⁴⁸ pour permettre aux personnes de concilier leur vie professionnelle avec la prise en charge de responsabilités familiales liées au *care* – congé de présence parentale²⁷⁴⁹, congé pour enfant malade²⁷⁵⁰, congé pour des événements familiaux²⁷⁵¹, congés pour prendre en charge des parents dépendants ou malades (congés de solidarité familiale²⁷⁵², congé de proches aidants²⁷⁵³) – bien qu'ils soient moins avantageux que le congé parental d'éducation en termes d'indemnisation²⁷⁵⁴.

818. Si la protection sociale résultant de la création des congés familiaux a permis *a priori* de valoriser les fonctions liées à sphère domestique sans distinction de sexe, elle a dans les faits conduit à conforter les inégalités entre les hommes et les femmes en incitant majoritairement ces dernières à remplir ces fonctions, tout en les conciliant avec leur vie professionnelle. Il a été démontré que les femmes interrompent leur carrière beaucoup plus fréquemment que les hommes pour prendre un congé parental²⁷⁵⁵. De manière emblématique, le CLCA bénéficie à 97 % aux mères de famille²⁷⁵⁶ et constitue donc, bien plus qu'un mécanisme neutre au regard du travail des femmes, une incitation financière à suspendre totalement ou partiellement leur activité professionnelle pendant une durée maximale de trois ans²⁷⁵⁷. La protection sociale conférée par ces dispositifs conduit ainsi à un retrait non négligeable des femmes du marché du travail²⁷⁵⁸. La dimension systémique des inégalités apparaît alors : parce que les femmes assument

²⁷⁴⁸ Article 9 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels insérant dans le Code du travail une section intitulée « congés d'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale ».

²⁷⁴⁹ Article 14 de la loi n° 94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille, insérant l'article L. 122-28-9 (devenus les articles L. 1225-62 à L. 1225-65) du Code du travail. Pour les fonctionnaires : article 40 bis de la loi, créé par l'article 87 de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005.

²⁷⁵⁰ Article 14 de la loi n° 94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille, insérant l'article L. 122-28-8 (devenu l'article L. 1225-61) du Code du travail. Pour les fonctionnaires : circulaire FP n° 1475 du 20 juillet 1982 sur les autorisations d'absence pouvant être accordées au personnel de l'administration pour soigner un enfant malade ou pour en assurer momentanément sa garde.

²⁷⁵¹ Article L. 3142-1 à L. 3142-2 (ancien article L. 226-1) du Code du travail. Pour les fonctionnaires : article 59 de C de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

²⁷⁵² Articles L. 3142-16 à L. 3142-22 (ancien article L. 225-15) du Code du travail. Pour les fonctionnaires d'État : article 34-9 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

²⁷⁵³ Articles L. 3142-16 à L. 3142-25 (ancien article L. 225-15 relatif au congé de soutien familial) du Code du travail.

²⁷⁵⁴ Le congé de présence parentale est assorti d'une allocation journalière d'un montant entre 43,14 et 51,25 euros dans la limite de 22 jours par mois (articles L. 544-1 et s. du Code de la sécurité sociale) ; le congé de solidarité familiale ouvre droit à une allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie d'un montant entre 27,68 et 55,37 euros dans la limite maximale de 21 jours (articles L. 168-1 et s. du code de la sécurité sociale) ; le congé pour événements familiaux ne suspend pas la rémunération du salarié (article L. 3142-2 du Code du travail). Les autres congés ne donnent droit à aucune indemnisation financière.

²⁷⁵⁵ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, NOR : DFEX1313602L/Bleue-1, 1^{er} juillet 2013, p. 21 : « L'étude publiée en juin 2013 par l'Insee sur l'interruption de l'activité professionnelle après la naissance d'un enfant révèle qu'après une naissance, une femme sur 2 contre un homme sur 9 ont interrompu ou réduit leur activité après une naissance. Quel que soit le rang de l'enfant, les mères arrêtent davantage qu'elles ne réduisent leur activité (c'est le contraire pour les hommes) ».

²⁷⁵⁶ ANANIAN Sévane, *L'activité des mères de jeunes enfants après la mise en place du complément de libre choix d'activité*, Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES), mai 2010.

²⁷⁵⁷ SANTORO Guillaume, « L'articulation des temps de vie par la négociation collective sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *Droit social*, 2017, p. 160.

²⁷⁵⁸ FAGNANI Jeanne, « L'allocation parentale d'éducation : effets pervers et ambiguïtés d'une prestation », *Droit social*, 1995, p. 287 ; ANANIAN Sévane, *L'activité des mères de jeunes enfants après la mise en place du complément de libre choix d'activité*, *op. cit.*, p. 2.

traditionnellement le travail domestique et parce qu'elles ont en moyenne un revenu moins important que leur conjoint, elles interrompent plus souvent leur activité professionnelle pour prendre soin des jeunes enfants²⁷⁵⁹, ce qui aboutit à les désavantager sur le marché du travail, à rendre leur situation plus précaire, et les pénalise au moment de la retraite²⁷⁶⁰. Des études montrent toutefois que, pour les femmes ayant interrompu leur carrière par un congé parental, les retraits du marché du travail après un CLCA de rang 1 (un enfant) sont temporaires et n'entraînent pas de difficulté pour retrouver un emploi²⁷⁶¹. Ce constat ne semble pas valoir pour les femmes enchaînant les CLCA, qui se trouvent alors éloignées du marché du travail pendant une longue période en cas de naissances successives²⁷⁶². La situation s'avère en outre plus difficile pour les femmes ayant bénéficié d'un CLCA sans congé parental, c'est-à-dire, des femmes n'ayant pas d'emploi au moment de la naissance de leur enfant : dans ce cas, l'éloignement du marché du travail est renforcé et minimise leurs chances de trouver un emploi à l'issue de la période consacrée à l'enfant²⁷⁶³. Au demeurant, même si le retrait des femmes du marché du travail n'est la plupart du temps que temporaire, nombreuses sont celles qui ne reprennent qu'un emploi à temps partiel²⁷⁶⁴, plus précaire, après avoir bénéficié du CLCA²⁷⁶⁵. C'est donc bien par les femmes qu'est principalement opérée la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle au quotidien ; la flexibilité du temps de travail apparaît également vectrice d'un renforcement du rôle de genre assumé par les femmes.

819. **La flexibilité du temps de travail bénéficiant généralement aux femmes.** Depuis les années 1970, les réformes tendant à la réduction et à la flexibilité du temps de travail ont entendu favoriser la conciliation opérée par les travailleurs entre leur vie familiale et leur vie professionnelle. Le législateur a pris acte, de façon indéniable, du fait que le « conflit travail-famille » est avant tout un « conflit de temps de vie »²⁷⁶⁶ ; il était dès lors nécessaire de repenser la structure professionnelle, qui présume traditionnellement que les travailleurs ont peu ou pas de responsabilités familiales²⁷⁶⁷. La conciliation a été facilitée par les réformes visant la réduction du

²⁷⁵⁹ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, NOR : DFEX1313602L/Bleue-1, 1^{er} juillet 2013, p. 21.

²⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 22.

²⁷⁶¹ ANANIAN Sévane, *L'activité des mères de jeunes enfants après la mise en place du complément de libre choix d'activité*, *op. cit.*, p. 3.

²⁷⁶² Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, NOR : DFEX1313602L/Bleue-1, 1^{er} juillet 2013, p. 22.

²⁷⁶³ *Ibid.*, p. 20 : « Dans 40 % des cas, les bénéficiaires du CLCA ne sont pas en congé parental d'éducation et n'ont donc pas l'assurance de retrouver leur emploi à l'issue de leur interruption d'activité ».

²⁷⁶⁴ DAUPHIN Sandrine, LETABLIER Marie-Thérèse, « L'articulation de la vie professionnelle et de la vie familiale au cœur de l'europanisation des politiques familiales », *Informations sociales*, n° 175, 2003/1, p. 96.

²⁷⁶⁵ ANANIAN Sévane, *L'activité des mères de jeunes enfants après la mise en place du complément de libre choix d'activité*, *op. cit.*, p. 4.

²⁷⁶⁶ DOWD Nancy E., « Work and family : the gender paradox and the limitations of discriminations analysis in restructuring the workplace », *op. cit.*, p. 450.

²⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 446 et s.

temps de travail, à travers, d'une part, la réduction de la durée collective du travail²⁷⁶⁸, mais aussi, d'autre part, par l'adaptation individuelle en favorisant le temps de travail « choisi »²⁷⁶⁹, en particulier au début des années 1990. À partir des années 1980²⁷⁷⁰ et jusqu'au milieu des années 1990²⁷⁷¹, le législateur a ainsi incité au recours au travail à temps partiel – dans une perspective de lutte contre le chômage, mais aussi d'amélioration de la qualité de vie « de ceux et de celles qui souhaitent se consacrer à leur famille »²⁷⁷². À travers des mécanismes favorisant la « flexibilité » du temps de travail²⁷⁷³, le législateur libère ainsi la « capacité d'initiative et de choix laissé aux salariés pour disposer de plages de temps disponibles »²⁷⁷⁴. Cependant, la facilitation du recours au travail à temps partiel a en contrepartie mené à la précarisation de la situation de ces travailleurs, en raison d'une rémunération plus faible que le travail à temps plein²⁷⁷⁵. Les garanties accordées en la matière, tendant à une égalité entre les deux modes de travail, n'ont pas suffi à empêcher une telle précarisation²⁷⁷⁶. Elle a surtout été défavorable aux femmes, puisque celles-ci représentent très majoritairement les travailleurs à temps partiel²⁷⁷⁷, même si paradoxalement, elle est la conséquence des revendications des femmes « aspirant à gérer les obligations familiales »²⁷⁷⁸.

820. Dès lors, le développement du travail à temps partiel a non seulement échoué à modifier la répartition des rôles de genre, en n'ayant aucun effet sur la part prise par les travailleurs

²⁷⁶⁸ Ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, fixant la durée légale du travail à trente-neuf heures par semaine. Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, instaurant la durée légale du travail effectif des salariés à trente-cinq heures par semaine, à compter du 1er janvier 2002 ou du 1er janvier 2000 pour les entreprises dont l'effectif est de plus de vingt salariés.

²⁷⁶⁹ BARTHÉLEMY Jacques, CETTE Gilbert, « Le développement du temps vraiment “choisi” », *Droit social*, 2002, p. 135.

²⁷⁷⁰ Loi n° 81-64 du 28 janvier 1981 relative au travail à temps partiel, *JORF* du 29 janvier 1981, p. 370 ; ordonnance n° 82-271 du 26 mars 1982 relative au travail à temps partiel ; ordonnance n° 82-296 du 31 mars 1982 relative à l'exercice des fonctions à temps partiel travail par les fonctionnaires et les agents des collectivités territoriales et de leurs établissements publics à caractère administratif.

²⁷⁷¹ Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage ; loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail à l'emploi et à la formation professionnelle.

²⁷⁷² Voir l'intervention de Louis Souvet, rapporteur de la commission des affaires sociales lors de la séance du 4 novembre 1992 au Sénat, p. 2984.

²⁷⁷³ Notamment à travers des aides aux salariés ou aux entreprises ayant recours au temps partiel, telles l'exonération des cotisations sociales (50 % des charges patronales) prévue par la loi de 1992 (article 7 de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 modifiant l'article L. 322-12 du Code du travail). FAVENNEC-HÉRY Françoise, « Le travail à temps partiel », *Droit social*, 1994, p. 165.

²⁷⁷⁴ GRÉSY Brigitte, *L'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et familiales dans le monde du travail*, Rapport précité, p. 65.

²⁷⁷⁵ SANTORO Guillaume, « L'articulation des temps de vie par la négociation collective sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *op. cit.*, p. 160.

²⁷⁷⁶ Article L. 212-4-2 al. 8 (devenu l'article L. 3123-5) du Code du travail, mis en place par l'ordonnance n° 82-271 du 26 mars 1982 relative au travail à temps partiel : « Les salariés employés à temps partiel bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi, les conventions et les accords collectifs d'entreprise ou d'établissement, sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif ».

²⁷⁷⁷ MARUANI Margaret, « Les *working poors*, version française travailleurs pauvres et/ou salarié(e)s pauvres ? », *Droit social*, 2003, p. 696 : « Dans leur écrasante majorité, des femmes. 80 % des salaires inférieurs au SMIC sont féminins. Plus d'une femme salariée sur quatre travaille, en 2001, pour moins de 5 500 francs par mois, alors que ce n'est le cas que pour 6 % des hommes. Cette prépondérance féminine s'explique aisément : la plupart des emplois à bas salaires sont, de fait, des emplois à temps partiel. La montée en puissance de la pauvreté salariale est ainsi très étroitement liée à la croissance du travail à temps partiel : les 3/4 de ceux qui ont des bas salaires travaillent à temps partiel ».

²⁷⁷⁸ STRUILLOU Yves, « La prise en compte des obligations familiales par le Code du travail », *AJ Famille*, 2013, p. 157.

masculins aux responsabilités familiales, mais il a de surcroît abouti à renforcer les inégalités de fait, en incitant les femmes à précariser leur situation professionnelle pour pouvoir concilier celle-ci avec le travail domestique²⁷⁷⁹. Pourtant, une prise de conscience des inégalités touchant les femmes à temps partiel opère à partir du milieu des années 1990²⁷⁸⁰ : certains ont pu affirmer à cette époque que « la bataille pour l'équilibre des temps était aussi une bataille pour l'équilibre des sexes dans la société »²⁷⁸¹. Mais les réformes liées au temps de travail ne modifient toutefois pas la répartition déséquilibrée des temps de vie entre les sexes et se cantonnent à limiter le recours au travail à temps partiel²⁷⁸², tout en offrant une meilleure protection à ces types de travailleurs dont il n'est pas contesté qu'ils sont majoritairement féminins²⁷⁸³. Un constat similaire de renforcement des inégalités s'observe en matière d'aménagement des horaires de travail, qui entendent faciliter la conciliation entre la vie familiale et professionnelle²⁷⁸⁴, mais ne tendent en aucun cas à modifier les schémas sociaux²⁷⁸⁵. Il faut dire que les politiques de conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle étaient orientées, jusqu'à la fin des années 1990, davantage vers une finalité familialiste et nataliste qu'égalitariste : l'amélioration de la conciliation visait davantage la protection de la famille et de la natalité que l'accès des femmes au marché du travail²⁷⁸⁶. L'important était alors que la conciliation soit effectuée pour préserver la famille, peu importe que les femmes demeurent en charge de cette responsabilité. Mais à partir des années 2000 et plus encore à partir de 2012, sous l'influence l'Union européenne²⁷⁸⁷, les politiques visant l'égalité réelle évoluent dès lors afin d'agir non plus uniquement sur l'articulation entre la vie familiale et professionnelle, mais aussi sur le partage des responsabilités familiales entre les sexes.

²⁷⁷⁹ BARTHÉLEMY Jacques, CETTE Gilbert, « Le développement du temps vraiment “choisi” », *op. cit.*, p. 135.

²⁷⁸⁰ GÉNISSON Catherine, *Femmes-hommes : quelle égalité professionnelle ?*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1999, p. 24.

²⁷⁸¹ RÉMY Pierre-Louis, « Réduction du temps de travail et vie familiale », *Droit social*, 1999, p. 1012.

²⁷⁸² FAVENNEC-HÉRY Françoise, « Le travail à temps partiel : changement de cap », *Droit social*, 1999, p. 1004.

²⁷⁸³ La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 consacre un « véritable droit d'accès au temps partiel » (FAVENNEC-HÉRY Françoise, « Le travail à temps partiel : changement de cap », *op. cit.*, p. 1004) en imposant à l'employeur de justifier son refus par l'absence d'emploi disponible ou s'il peut démontrer que le changement d'emploi demandé aurait des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise (article 12 de la loi modifiant l'article L. 212-4-9 du Code du travail). En contrepartie, l'article 12 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi fixe une durée minimale du temps partiel à 24 heures par semaine afin d'éviter une trop grande précarisation des travailleurs à temps partiel « subi » (article L. 3123-14-1 du Code du travail). La loi Aubry de 2000 a également amélioré la prévisibilité des modifications des horaires de travail en obligeant les employeurs à prévenir les travailleurs dans un délai de sept jours des changements de leurs horaires de travail (article 12 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 modifiant l'article L. 212-4-3 (devenu L. 3123-21) du Code du travail).

²⁷⁸⁴ Une telle facilitation a été rendue possible à travers par exemple la protection des salariés contre le licenciement pour faute en cas de refus de leur part de modifier l'aménagement de leurs horaires de travail en raison d'« obligations familiales impérieuses » (article 12 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, modifiant l'article L. 212-4-3 (devenu l'article L. 3123-24) du Code du travail).

²⁷⁸⁵ SANTORO Guillaume, « L'articulation des temps de vie par la négociation collective sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *op. cit.*, p. 160.

²⁷⁸⁶ DAUPHIN Sandrine, LETABLIER Marie-Thérèse, « L'articulation de la vie professionnelle et de la vie familiale au cœur de l'europanisation des politiques familiales », *op. cit.*, p. 95.

²⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 95 : « Il faut attendre la fin des années 1990 pour que la question de la conciliation soit intégrée de manière visible et affirmée dans les programmes pour l'égalité. C'est bien avec l'intégration de cette dimension égalitaire que l'on peut parler d'europanisation de la politique familiale ».

- b) Une politique évoluant vers un partage du travail domestique entre les femmes, les hommes et les acteurs sociaux

821. À partir des années 2000, l'objectif d'égalité entre les femmes et les hommes a conduit les pouvoirs publics – tant français qu'européens – à remplacer la perspective de « conciliation » – qui présuppose un « conflit » entre les différents temps de vie incombant majoritairement aux femmes – par celle d'une « articulation » entre la vie familiale et professionnelle impliquant un partage de ces temps de vie entre les parents des deux sexes²⁷⁸⁸. Le législateur français a consacré cette ligne politique dans la loi pour l'égalité réelle de 2014, qui vise explicitement à favoriser « une meilleure articulation des temps de vie et un partage équilibré des responsabilités parentales »²⁷⁸⁹, par « l'implication des pères à l'arrivée d'un enfant, essentielle pour rééquilibrer la prise en charge des tâches domestiques et permettre aux femmes de poursuivre leurs carrières professionnelles ou simplement d'accéder à l'emploi »²⁷⁹⁰. Les mesures prises en France afin de transformer les rôles sociaux par l'implication des pères dans les responsabilités familiales (rejoignant les « *Daddy politics* » adoptées dans d'autres pays européens²⁷⁹¹) demeurent cependant assez limitées, par leur caractère incitatif et non contraignant. L'insuffisance de ces mesures a dès lors nécessité en contrepartie, dans une perspective égalitaire, une amélioration de l'intervention d'autres acteurs sociaux pour permettre la prise en charge du travail domestique traditionnellement dévolu aux femmes.

822. **Le congé de paternité, une valorisation minimale du rôle des pères.** Le législateur a mis en place à partir de 2002 un congé réservé aux pères permettant à ceux-ci de suspendre leur activité professionnelle pendant onze jours consécutifs – que ce soit dans le cadre d'un contrat de travail, d'une profession indépendante, d'une collaboration ou de la fonction publique – lors de la naissance ou de l'adoption de leur enfant²⁷⁹². Ce congé s'ajoute aux trois jours d'absence autorisés à la naissance de l'enfant²⁷⁹³, qui étaient auparavant le *seul* moyen pour les pères de s'impliquer

²⁷⁸⁸ FRAISSE Geneviève, *Les deux gouvernements, la famille et la Cité*, Paris, Gallimard, 2000, p. 22. Une résolution du Conseil de l'Union européenne de 2000 dispose en ce sens que « le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail implique un partage équilibré entre les pères et les mères qui travaillent, notamment lorsqu'il leur faut s'absenter de leur lieu de travail pour s'occuper de leurs enfants ou d'autres personnes à charge [...]. Tant les hommes que les femmes disposent, sans discrimination fondée sur le sexe, du droit de pouvoir articuler la vie professionnelle et la vie familiale » (résolution du Conseil et des ministres de l'Emploi et de la politique sociale, réunis au sein du Conseil du 29 juin 2000 relative à la participation équilibrée des femmes et des hommes à la vie professionnelle et à la vie familiale, points 3 et 5).

²⁷⁸⁹ Article 1-7 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

²⁷⁹⁰ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, NOR : DFE1313602L/Bleue-1, 1^{er} juillet 2013, p. 19.

²⁷⁹¹ HANTRAIS Linda, LETABLIER Marie-Thérèse, « Le rôle de la protection sociale dans la compensation des inégalités économiques entre femmes et hommes après divorce : une analyse comparative », *RDS*, 2016, p. 885.

²⁷⁹² Article 55 de la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002 créant l'article L. 122-25-4 (devenu l'article 1225-35) du Code du travail.

²⁷⁹³ Article L. 3142-1 du Code du travail.

dans la prise en charge du nouveau-né. Comme pour le congé de maternité, le travailleur bénéficie dès lors d'une indemnisation journalière²⁷⁹⁴, ainsi que d'une protection contre le licenciement durant cette période depuis la loi pour l'égalité réelle (qui a du reste été renforcée par la loi pour El Khomri de 2016²⁷⁹⁵). La loi de 2014 a en outre étendu aux conjoints salariés de la femme enceinte – et donc aux pères – l'autorisation d'absence pour se rendre à trois des examens médicaux obligatoires au moment de la grossesse²⁷⁹⁶. Si en 2014 ces réformes sont explicitement adoptées pour favoriser l'implication des pères et le partage des responsabilités familiales entre les deux parents²⁷⁹⁷, la mention d'un tel objectif apparaît très peu dans les débats parlementaires de 2001 consacrant le congé de paternité²⁷⁹⁸. Il faut dire que la conception du congé de paternité retenue par le législateur de 2001 est restrictive et donc peu encline à modifier de façon substantielle le rôle des pères dans la prise en charge des responsabilités familiales : il est en effet, d'une part, assez court (onze jours, étendus à dix-huit jours en cas de naissances multiples) et, d'autre part, facultatif – bien qu'il semble avoir suscité un engouement indiscutable, étant pris par une majorité de pères à hauteur de 68 %²⁷⁹⁹. Le dispositif s'éloigne par conséquent significativement du congé de maternité, prévu pour douze semaines dont huit obligatoires. Ces deux mécanismes n'engendrent donc pas la même implication des pères et des mères dans la prise en charge des enfants à leur naissance et renforcent ainsi la « matrifocalité »²⁸⁰⁰, tout autant qu'un « paternage de loisir et d'appoint »²⁸⁰¹. Certes, une telle inégalité est souvent expliquée par l'existence de différences physiologiques entre les sexes quant à la grossesse et à l'accouchement, qui rend légitime « l'interdiction d'emploi faite aux employeurs pour les salariées » enceintes et accouchées²⁸⁰². Mais on peut arguer que l'existence d'une telle protection des femmes enceintes et accouchées n'empêcherait pas en soi l'extension de la protection aux pères pour valoriser leur

²⁷⁹⁴ Article 331-8 du Code de la sécurité sociale. Les conditions pour bénéficier de cette indemnisation sont fixées par l'article R. 313-3 et R. 313-7 du Code de la sécurité sociale. Le calcul du montant est déterminé par les articles R. 331-5 et s. du Code de la sécurité sociale, sur la base du salaire journalier brut.

²⁷⁹⁵ La durée de quatre semaines de protection contre le licenciement des pères suivant la naissance de leur enfant (sauf en cas de faute grave de l'intéressé ou de l'impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'arrivée de l'enfant) prévue à l'article 9 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 a été étendue à dix semaines par l'article 10 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²⁷⁹⁶ Article 11 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 modifiant l'article L. 1225-16 du Code du travail.

²⁷⁹⁷ Voir l'intervention de la ministre Najat Vallaud-Belkacem lors de la première séance du 20 janvier 2014 à l'Assemblée nationale, p. 654.

²⁷⁹⁸ Un sénateur, Gilbert Chabroux, souligne lors de la séance du 15 novembre 2001 au Sénat que la création du congé de paternité « développe dans toute sa logique le principe de parité ». Voir CLERGEAU Françoise, Rapport n° 3345 présenté au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 (n° 3307), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 octobre 2001 : le rapport évoque la création d'un « véritable congé de paternité » permettant « la reconnaissance sociale concrète du rôle du père ».

²⁷⁹⁹ PÉRIVIER Hélène, « Réduire les inégalités professionnelles en réformant le congé de paternité », OFCE, *Policy brief*, 12 janvier 2017, p. 12.

²⁸⁰⁰ GRÉSY Brigitte, *L'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et familiales dans le monde du travail*, Rapport précité, p. 53 : « On peut parler, à cet égard, d'une matrifocalité qui éloigne le père et renforce les relations d'exclusivité entre la mère et l'enfant ».

²⁸⁰¹ BADEL Maryse, « Les congés familiaux dans l'Union européenne : singularités et convergences », *RDSS*, 2011, p. 881.

²⁸⁰² GRÉSY Brigitte, *L'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et familiales dans le monde du travail*, Rapport précité, p. 89.

rôle de jeune parent. La raison des limites du dispositif semble plutôt liée à des considérations financières, car l'extension du congé de paternité entraînerait des dépenses publiques trop importantes²⁸⁰³ pour que le législateur puisse envisager une telle réforme²⁸⁰⁴.

823. Des propositions de lois ou d'amendements émanant de parlementaires ont pourtant cherché à étendre ou à rendre obligatoire le congé de paternité²⁸⁰⁵, en soulignant la nécessité d'une plus grande implication des pères dans les responsabilités familiales comme condition *sine qua non* de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes²⁸⁰⁶. Le rapport de l'IGAS de 2011, mentionnant l'allongement du congé de paternité comme un « impératif d'égalité »²⁸⁰⁷, allait jusqu'à proposer le remplacement du congé de paternité par un « congé d'accueil de l'enfant » de huit semaines prises après le congé de maternité par les deux parents et non transférable d'un parent à l'autre, ce qui est gage d'un partage égal entre eux²⁸⁰⁸. Néanmoins, le législateur n'a pas pour l'instant réformé le congé de paternité pour en faire un instrument de transformation des rôles de genre – d'autant plus que le droit de l'Union européenne n'impose aucune obligation liée à cette question²⁸⁰⁹. Il a en revanche incité à un partage du travail parental à travers la réforme de l'allocation indemnifiant le congé parental d'éducation.

824. **Un partage du travail domestique renforcé par la prestation partagée d'éducation.** La loi pour l'égalité réelle de 2014 a réformé l'indemnisation du congé parental d'éducation, afin d'instaurer une période de partage entre les deux parents visant à « inciter », dans les faits, les pères à prendre part aux responsabilités parentales non plus seulement à la naissance de l'enfant

²⁸⁰³ *Ibid.*, p. 89 : « Selon les estimations financières réalisées par la DSS rendre obligatoire le congé paternité actuel pour tous les pères pourrait conduire à une dépense supplémentaire de la branche famille d'environ 100 millions d'euros pour une année pleine ».

²⁸⁰⁴ Voir l'intervention de Najat Vallaud-Belkacem lors de la deuxième séance du 20 janvier 2014 à l'Assemblée nationale, p. 713.

²⁸⁰⁵ Proposition de loi relative à la modernisation du congé maternité en faveur de la protection de la santé des femmes et de l'égalité salariale et sur les conditions d'exercice de la parentalité, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 février 2009, visant à remplacer le congé de paternité par un congé d'accueil de l'enfant. Plus récemment, voir la proposition de loi visant à agir concrètement en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 21 décembre 2016 et actuellement en discussion, présentée par Marie-George Buffet, qui propose notamment d'étendre le congé de paternité à quatre semaines – six semaines en cas de naissances multiples – afin de « rendre pleinement effective l'égalité entre les hommes et les femmes dans le monde du travail et lutter contre la précarité professionnelle des femmes ».

²⁸⁰⁶ Voir l'amendement n° 29 présenté par la députée Barbara Pompili lors de la deuxième séance du 20 janvier 2014 à l'Assemblée nationale, p. 713.

²⁸⁰⁷ BUFFET Marie-George, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi visant à agir concrètement en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 janvier 2017.

²⁸⁰⁸ GRÉSY Brigitte, *Rapport sur l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et familiales dans le monde du travail*, *op. cit.*, p. 90. Des études ont par ailleurs mis en exergue une autre possibilité de réforme, à savoir le transfert d'une partie du congé de maternité postnatal au conjoint, permettant de rééquilibrer le partage des tâches parentales à la naissance de l'enfant sans entraîner d'impact sur les finances publiques (PÉRIVIER Hélène, « Réduire les inégalités professionnelles en réformant le congé de paternité », *op. cit.*, p. 14).

²⁸⁰⁹ Article 2-7 de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 et article 16 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 : « La présente directive est [...] sans préjudice de la faculté dont disposent les États membres de reconnaître des droits distincts au congé de paternité et/ou d'adoption ». La directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental ne comporte aucune disposition prévoyant la mise en œuvre d'un congé de paternité.

mais aussi au cours de ses premières années²⁸¹⁰. Le CLCA a ainsi été remplacé par la prestation partagée d'éducation de l'enfant (PreParE), qui repose sur le principe de la réservation au second parent d'une part de l'indemnisation, afin d'inciter ce dernier, le plus souvent le père, à prendre le congé parental d'éducation²⁸¹¹. Une période de partage est ainsi créée : une part supplémentaire de la prestation, comprise en nombre de mois (six mois), ne pourra être prise que si le second parent fait lui aussi usage de ce droit²⁸¹². La réforme tend donc à favoriser un retour à l'emploi plus rapide pour les bénéficiaires du congé parental, en réduisant la part de la prestation prise par l'un des parents à six mois (un enfant) ou deux ans et demi (deux enfants ou plus). Le congé parental sera dans ce cas certes réduit, mais mieux partagé.

825. Cette idée de partage des responsabilités parentales n'est pas nouvelle, le législateur ayant déjà prévu, pour le congé d'adoption, qu'une partie de celui-ci puisse être réparti entre les deux parents²⁸¹³. Mais le dispositif de la PreParE a vocation à être encore plus incitatif, car il subordonne la période supplémentaire de six mois d'indemnisation à la condition que cette période de six mois soit prise par l'autre parent. Le législateur s'est ainsi clairement inspiré des mécanismes de périodes de congé parental partagées établis en Suède et en Allemagne²⁸¹⁴ et prônés par les directives de l'Union européenne relative au congé parental²⁸¹⁵. Mais contrairement au système suédois²⁸¹⁶ – qui prévoit une période dévolue à chacun des parents et non transférable

²⁸¹⁰ Exposé des motifs de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014.

²⁸¹¹ Article 8 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 modifiant notamment l'article L. 531-4 du Code de la sécurité sociale. La période de partage est prévue par le décret n° 2014-1708 du 30 décembre 2014 relatif à la prestation partagée d'éducation de l'enfant, modifiant l'article D. 513-13 du Code de la sécurité sociale : « Les durées de versement prévues au 3° du I de l'article L. 531-4 sont fixées à : 1° Six mois pour chacun des membres du couple lorsque le ménage assume la charge d'un seul enfant, dans la limite du premier anniversaire de l'enfant ; 2° Vingt-quatre mois pour chacun des membres du couple lorsque le ménage assume la charge d'au moins deux enfants, dans la limite du troisième anniversaire de l'enfant ». En cas de naissances multiples, l'article D. 531-14-1 prévoit que : « La durée de versement de la prestation partagée d'éducation de l'enfant est fixée à quarante-huit mois pour chacun des membres du couple, dans la limite du sixième anniversaire des enfants ». S'agissant des enfants adoptés, l'article D. 531-14 énonce, sans néanmoins prévoir expressément de période de partage, que : « La durée minimale de versement est fixée à douze mois. Lorsque le ménage ou la personne seule adopte ou accueille en vue d'adoption simultanément au moins trois enfants, la durée maximale de versement de la prestation partagée d'éducation de l'enfant est de trois ans à compter de l'arrivée des enfants au foyer des adoptants ».

²⁸¹² S'agissant des familles avec un seul enfant, une période de congé de six mois supplémentaires (qui pourra être réévaluée par décret) devra être prise par le second parent si le couple souhaite bénéficier de l'allocation supplémentaire. Cette période « bonus » s'ajoute par conséquent à la période de congé de six mois prise par le premier parent (sans compter le congé maternité de quatre mois). Pour les familles avec deux enfants et plus, la loi réduit la période d'indemnisation de trois ans à deux ans et demi en prévoyant que pour bénéficier d'une prestation supplémentaire sur une durée de six mois, cette période devra être réservée au second parent.

²⁸¹³ L'article 7 de la loi n° 76-617 du 9 juillet 1976 a mis en place le congé d'adoption, d'une durée à l'origine de huit semaines, aujourd'hui étendue à dix semaines à dater de l'arrivée de l'enfant au foyer, vingt-deux semaines en cas d'adoptions multiples. Article 55 de la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, modifiant l'article L. 122-26 du Code du travail ; article 55 de la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002.

²⁸¹⁴ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes précitée, p. 29.

²⁸¹⁵ Le point 8 de la directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental énonçait déjà que : « Les hommes devraient être encouragés à assumer une part égale des responsabilités familiales, par exemple, ils devraient être encouragés à prendre un congé parental par des moyens tels que des programmes de sensibilisation » ; la directive 2010/18/UE du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental et abrogeant la directive de 1996 incite les États membres à proscrire le caractère transférable du congé parental : clause 2-2 de l'accord-cadre.

²⁸¹⁶ Service des études juridiques du Sénat, *Les congés liés à la naissance d'un enfant*, Étude de législation comparée n° 200, octobre 2009, p. 39 : « Le congé parental a une durée totale de 480 jours, c'est-à-dire seize mois. Sur ces 480 jours, 60 jours sont réservés

qui avait d'ailleurs été proposée par certains parlementaires français en 2010²⁸¹⁷ –, la réforme française ne modifie pas la partie du Code du travail relative au congé parental, mais simplement la partie du Code de la sécurité sociale relative à l'indemnisation de celui-ci²⁸¹⁸. Les auteurs du projet de loi ont en outre refusé de mettre en place une rémunération trop importante du congé parental comme c'est le cas de la Suède²⁸¹⁹, ne parvenant pas à dissoudre un éternel débat : une indemnisation trop importante constituerait en effet un « salaire » de remplacement qui freinerait le retour à l'emploi des femmes. Mais une plus faible rémunération du congé tend au contraire à faciliter un retour à l'emploi plus rapide des bénéficiaires de la prestation – en majorité les mères – en créant un effet « désincitatif »²⁸²⁰.

826. Néanmoins, d'aucuns ont souligné les effets contre-productifs d'une faible indemnisation, l'effet « désincitatif » jouant également à l'égard des pères²⁸²¹. Selon certains parlementaires, le montant trop peu attractif de la prestation conduirait le parent au salaire le plus élevé – majoritairement le père – à refuser de prendre la période de six mois supplémentaires²⁸²². Pour les couples avec deux enfants ou plus, cela signifierait que le bénéficiaire des deux ans et demi de congé – majoritairement la mère – serait certes de retour plus rapidement sur le marché du travail, mais sans moyen de garde de l'enfant garanti, ce qui risquerait de « fragiliser les familles modestes »²⁸²³. Il a dès lors proposé, sans succès, de créer un congé parental certes plus court, mais mieux rémunéré²⁸²⁴.

827. La réforme du congé parental a fait plus largement l'objet de contestations axiologiques, opposant les tenants d'une conception libérale de l'État aux partisans d'un État interventionniste. Les premiers ont critiqué l'intrusion de l'État dans les relations conjugales, certains parlementaires considérant qu'il n'était pas du ressort du législateur d'agir sur les rôles sociaux au

au père et 60 à la mère. Ces 120 jours ne sont pas transférables d'un parent à l'autre, à la différence des 360 autres jours, que le père et la mère se répartissent librement. Si le congé est pris par une seule personne, sa durée est donc limitée à 420 jours.

²⁸¹⁷ Article 6 de la proposition de loi relative à la modernisation du congé maternité en faveur de la protection de la santé des femmes et de l'égalité salariale et sur les conditions d'exercice de la parentalité, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 février 2009.

²⁸¹⁸ La loi s'inspire ainsi davantage du système allemand, qui établit une période supplémentaire d'indemnisation (un « bonus » en quelque sorte) si le second parent décide de faire également valoir ses droits au congé parental : alinéa 4 *Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit*, (loi sur l'allocation parentale et le congé parental) du 5 décembre 2006.

²⁸¹⁹ En effet, le système suédois garantit une indemnisation à hauteur de 80 % du salaire pendant 390 jours, tandis que le système français prévoit une simple indemnisation forfaitaire – qui n'est donc pas indexée sur le salaire – de l'ordre de moins de 400 euros par mois (circulaire interministérielle n° DSS/SD2B/2017/97 du 21 mars 2017 relative à la revalorisation des prestations familiales servies en métropole au 1^{er} avril 2017 : Le montant de la PreParE à taux plein est de 394,06 euros, à taux partiel inférieur à 50 % de 254,74 euros et à taux partiel entre 50 et 80 % de 334,35 euros).

²⁸²⁰ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes précitée, p. 24.

²⁸²¹ REGINE, « Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n° 2014-873 du 4 août 2014 », *Recueil Dalloz*, 2014, 1895.

²⁸²² Voir par exemple l'intervention Claude Greff lors de la séance du 20 janvier 2014 à l'Assemblée nationale, p. 700.

²⁸²³ Voir l'intervention de Muguette Dini lors de la séance du 16 septembre 2013 au Sénat, p. 8432.

²⁸²⁴ Claude Greff lors de la séance du 20 janvier 2014 à l'Assemblée nationale, p. 702.

sein du couple²⁸²⁵. Les seconds ont au contraire regretté que la réforme ne soit qu'une simple incitation, qui laisse le choix du bénéficiaire de la prestation au deuxième parent, et ont souhaité un dispositif plus contraignant, par exemple en introduisant une période de congé obligatoire et non transférable pour chaque parent²⁸²⁶. Cette controverse pose en réalité la question de la légitimité de l'État dans la transformation des rôles de genre au sein de la sphère privée, et derrière la question d'un contenu substantiel du principe d'égalité : le choix d'une politique incitative serait plus libéral, mais en même temps moins enclin qu'une politique contraignante à agir sur les inégalités de fait. Deux conceptions du principe d'égalité sont ici en opposition : d'un côté un principe empêchant l'État d'intervenir dans les choix individuels de chacun, qui permet à tous les individus d'être libres par rapport aux normes sociales collectives et, de l'autre, une conception visant à établir une « culture commune de l'égalité » à travers la lutte contre les inégalités de fait par la transformation des rôles de genre, parfois au détriment de la volonté individuelle²⁸²⁷. La réforme de la prestation partagée – et plus largement la position des pouvoirs publics – se situe néanmoins entre ces deux conceptions, entre l'incitation et la contrainte. Le législateur a, semble-t-il, pris acte de la nécessité d'orienter les choix individuels pour transformer les rôles de genre – en subordonnant la période supplémentaire d'indemnisation au partage. Il n'a pas pour autant retenu un dispositif obligeant à un partage du congé parental, ce qui risque de conduire à une efficacité relative de la mesure et, de là, à limiter l'émergence d'une dimension transformative des politiques égalitaires. Les réformes visant l'implication des pères dans les responsabilités familiales étant en elles-mêmes insuffisantes pour réaliser pleinement un accès égal des femmes à la sphère publique, le législateur a dès lors pris des mesures afin d'améliorer la prise en charge du travail domestique par d'autres acteurs sociaux.

828. L'amélioration des services de la petite enfance et du travail ménager. La prise en charge du travail domestique par des acteurs sociaux a peu à peu été considérée par les pouvoirs publics comme nécessaire à la lutte contre les inégalités de fait touchant majoritairement les femmes dans la sphère professionnelle. Une telle évolution a impliqué d'appréhender la garde des jeunes enfants et les soins ménagers non plus comme des « tâches » dévolues aux femmes, mais comme un « travail » marchand pouvant être délégué à des prestataires publics ou privés. Elle s'inscrit ainsi dans un mouvement de « défamilialisation » qui réduit « la dépendance des individus

²⁸²⁵ Voir l'intervention de Jean Boyer lors de la séance du 16 septembre 2013 au Sénat, p. 8447 et de Claude Greff lors de la séance du 20 janvier 2014 à l'Assemblée nationale, p. 700 : « L'égalité n'est pas l'égalitarisme brutal. La liberté du couple de déterminer quel parent prendra un congé parental est remise en cause par l'article 2. Il s'agit d'une intrusion de l'État dans un choix qui relève de la responsabilité du couple, l'égalité consistant à permettre à l'un comme à l'autre de bénéficier du droit au congé parental et des aides induites et non à l'imposer ».

²⁸²⁶ Voir l'intervention de Françoise Laborde lors de la séance du 16 septembre 2013 au Sénat, p. 8426.

²⁸²⁷ SUK Julie, « From antidiscrimination to equality : stereotypes and the life cycle in the United States and Europe », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, 2012, p. 98.

vis-à-vis de la famille », en limitant les charges qui pèsent sur eux, par la prise en charge de celles-ci par des services publics ou privés²⁸²⁸. Cette évolution est en cela constitutive d'une transformation des rôles de genre, à travers une revalorisation de la sphère domestique dans la société et son détachement du rôle féminin, bien qu'elle ne soit pas liée à une plus grande implication des hommes dans le travail domestique.

829. Si le lien entre le manque de services de garde des jeunes enfants et la persistance des inégalités professionnelles touchant les femmes a été mis en évidence par l'Union européenne dès les années 1990²⁸²⁹, c'est surtout à partir des années 2000 que les pouvoirs publics français font du développement des modes de garde une condition de l'égalité, à travers deux leviers principaux : l'aide financière et la création de structures de garde d'enfant, de plus en plus diversifiées.

830. En premier lieu, le législateur a renforcé l'aide aux modes de garde individuels (assistant maternel, garde à domicile) «auxquels seules les familles des couches moyennes et aisées [pouvaient] avoir accès»²⁸³⁰. La création en 2004 du complément de libre choix du mode de garde (CMG), compris dans la prestation d'accueil du jeune enfant (PAJE) à l'instar de la PrePaRE²⁸³¹, permet d'aider les parents qui travaillent ou en recherche d'emploi à financer la garde individuelle de l'enfant de moins de six ans par un assistant maternel ou une garde à domicile²⁸³². La création du CMG²⁸³³ a permis une augmentation sensible du montant de l'aide accordée aux familles employant un assistant maternel ou une garde à domicile, surtout pour les familles les plus modestes²⁸³⁴. L'amélioration du dispositif tend ainsi clairement à «une conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle tout en favorisant l'égalité homme-femme»²⁸³⁵.

²⁸²⁸ HANTRAIS Linda, LETABLIER Marie-Thérèse, «Le rôle de la protection sociale dans la compensation des inégalités économiques entre femmes et hommes après divorce : une analyse comparative», *op. cit.*, p. 885.

²⁸²⁹ Recommandation 92/241/CEE du Conseil, du 31 mars 1992 concernant la garde des enfants.

²⁸³⁰ FAGNANI Jeanne, «Lacunes, contradictions et incohérences des mesures de conciliation travail/famille. Bref bilan critique», *Droit social*, 1998, p. 596.

²⁸³¹ Article 60 de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004.

²⁸³² Articles L. 531-5 à L. 531-9 du Code de la sécurité sociale. Pour le calcul du montant, voir l'article D. 531-18. Le montant du complément varie selon les ressources, l'âge de l'enfant, les horaires de travail et le caractère monoparental ou non de la famille.

²⁸³³ Une telle aide financière avait certes déjà été instaurée en 1986, avec l'allocation de garde d'enfant à domicile (AGED) – finançant une partie des cotisations sociales, par une procédure du tiers payant (article 5 de la loi n° 86-1307 du 29 décembre 1986 relative à la famille créant l'article L. 533-1 du Code de la sécurité sociale) – et en 1991 avec l'aide à la famille pour l'emploi d'une assistante maternelle agréée (AFEAMA) – payant les cotisations patronales et salariales versées au titre de la garde par un assistant maternel agréé d'un enfant de moins de six ans ainsi qu'une partie du salaire de celle-ci (article 18 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, modifiant l'article L. 841-1 du Code de la sécurité sociale).

²⁸³⁴ GAILLARD Claude, Rapport n° 1157 présenté au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2004 (n° 1106), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 octobre 2003.

²⁸³⁵ GAILLARD Claude, Rapport précité.

831. En second lieu, le législateur a pris des mesures destinées à augmenter le nombre de structures de garde d'enfants, collectives et individuelles²⁸³⁶, certains rapports ayant souligné le lien entre l'insuffisance des modes de garde²⁸³⁷ et la persistance des inégalités entre les sexes²⁸³⁸, en particulier dans les zones rurales où l'insuffisance de l'offre de garde incite plus qu'ailleurs les femmes à arrêter leur activité professionnelle pour prendre soin des enfants²⁸³⁹. Cet objectif a du reste été rappelé par les auteurs de la loi pour l'égalité réelle de 2014 comme corollaire indispensable de la réduction de l'indemnisation du congé parental, un retour plus rapide des femmes sur le marché du travail nécessitant une offre plus importante des solutions de garde²⁸⁴⁰. Les pouvoirs publics ont en outre insisté sur la nécessité de « diversifier les modes de garde »²⁸⁴¹ en favorisant non plus seulement les modes de garde collectifs et publics comme les crèches, mais aussi les modes de garde plus individualisés et privés plus adaptés aux horaires de travail des parents souvent contraignants²⁸⁴². Le législateur a par exemple facilité l'offre de garde des assistants maternels – dont le statut a été créé par une loi de 1977²⁸⁴³ – en prévoyant en 2010 la création des maisons d'assistants maternels (MAM)²⁸⁴⁴ comme moyen de renforcer l'égalité entre les femmes et les hommes²⁸⁴⁵ par une augmentation de l'offre d'accueil à moindre coût pour l'État et les collectivités territoriales²⁸⁴⁶. Afin de favoriser les modes de garde adaptés aux horaires de travail des parents, le législateur a également entendu développer les crèches d'entreprise²⁸⁴⁷, en prévoyant par exemple un crédit d'impôt pour les entreprises finançant la création d'établissements assurant l'accueil des jeunes enfants de leurs salariés²⁸⁴⁸. Le développement par

²⁸³⁶ L'engagement du gouvernement du 3 juin 2013 à développer l'accueil des jeunes enfants a ainsi été concrétisé par l'adoption de la loi pour le financement de la sécurité sociale de 2014 prévoyant la mise en place, à travers la convention d'objectif et de gestion (COG) entre l'État et la caisse nationale d'allocations familiales (CNAF), de 275 000 solutions d'accueil des jeunes enfants sur cinq ans (projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, annexe 1 – Programme de qualité et d'efficacité. Famille, URL : http://www.securite-sociale.fr/IMG/pdf/24524_plfss_14_annexe_1_famille_bd.pdf, p. 8).

²⁸³⁷ Rapport de Claude Gaillard précité.

²⁸³⁸ TABAROT Michèle, *Le développement de l'offre d'accueil de la petite enfance*, Rapport précité, p. 17.

²⁸³⁹ FAGNANI Jeanne, « Lacunes, contradictions et incohérences des mesures de conciliation travail/famille. Bref bilan critique », *op. cit.*, p. 596.

²⁸⁴⁰ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes précitée, p. 28.

²⁸⁴¹ FAGNANI Jeanne, « Lacunes, contradictions et incohérences des mesures de conciliation travail/famille. Bref bilan critique », *op. cit.*, p. 596.

²⁸⁴² DAUPHIN Sandrine, LETABLIER Marie-Thérèse, « L'articulation de la vie professionnelle et de la vie familiale au cœur de l'europanisation des politiques familiales », *op. cit.*, p. 95.

²⁸⁴³ Loi n° 77-505 du 17 mai 1977 relative aux assistantes maternelles ; loi n° 92-642 du 12 juillet 1992 relative aux assistants maternels et assistantes maternelles et modifiant le Code de la famille et de l'aide sociale, le Code de la santé publique et le Code du travail.

²⁸⁴⁴ Loi n° 2010-625 du 9 juin 2010 relative à la création des maisons d'assistants maternels.

²⁸⁴⁵ Voir l'intervention de la députée Cécile Dumoulin lors de la première séance du 29 avril 2010 à l'Assemblée nationale, p. 2602.

²⁸⁴⁶ Proposition de loi relative à la création des maisons d'assistants maternels, enregistrée à la présidence du Sénat le 3 décembre 2009.

²⁸⁴⁷ SANTORO Guillaume, « L'articulation des temps de vie par la négociation collective sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *op. cit.*, p. 160.

²⁸⁴⁸ Article 244 *quater* F du Code général des impôts, créé par l'article 98 de la loi de finances pour 2004 (n° 2003-1311 du 30 décembre 2003) et modifié par l'article 96 de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008. Par ailleurs, l'axe 5 du plan interministériel en faveur de l'égalité professionnelle pour la période 2016-2020, consacré au « partage des responsabilités familiales entre les femmes et les hommes », prévoit aussi le développement des offres de garde pour les horaires atypiques ainsi que les offres de garde adaptées aux besoins des parents éloignés de l'emploi telles que les « crèches à vocation

les pouvoirs publics de solutions d'accueil des jeunes enfants n'a toutefois pas été jusqu'à la consécration d'un droit opposable à la garde d'enfant, qui avait pourtant été évoqué par le président Sarkozy dans une lettre de mission adressée en 2007 au ministre en charge de la famille²⁸⁴⁹ et préconisé par le rapport de la députée Michèle Tabarot²⁸⁵⁰. Cette solution²⁸⁵¹ a été abandonnée en raison de l'absence de consensus politique autour du projet et des incertitudes liées à sa mise en œuvre concrète²⁸⁵², desservant là encore une substantialisation du contenu du principe d'égalité.

832. De plus, si ces réformes se situent indéniablement dans une perspective d'articulation de la vie professionnelle et familiale favorisant ainsi l'accès des femmes à la sphère professionnelle, on peut s'interroger sur leur propension à perpétuer une division sexuée du travail. En effet, les emplois dans les secteurs de la garde d'enfants, de l'aide à la personne ou du travail ménager sont très majoritairement dans les faits occupés par des femmes – et en particulier par des femmes d'origine étrangère²⁸⁵³. Ces femmes sont ainsi cantonnées « dans des secteurs exclusivement féminins et dévalorisés », ce type d'emplois étant « précaires et mal rémunérés », d'autant plus « qu'aucun programme n'a été mis en place pour encourager la mixité de ce type d'emplois : en France, la garde et les soins aux enfants restent exclusivement une “histoire de femmes” »²⁸⁵⁴. Le fait que les pouvoirs publics – et parfois les énoncés normatifs²⁸⁵⁵ – fassent référence à l'expression « assistantes maternelles » au féminin ne fait que conforter l'idée d'une profession presque exclusivement féminine. L'action du législateur pour repenser la division genrée du travail au sein des couples n'a donc pas encore trouvé un écho similaire pour remettre en cause cette division à l'échelle de la société, par une plus grande mixité des emplois liés au *care*.

d'insertion professionnelle » (plan interministériel en faveur de l'égalité professionnelle pour la période 2016-2020, URL : <http://www.familles-enfance-droitsdesfemmes.gouv.fr/wp-content/uploads/2017/04/Plan-interministeriel-en-faveur-de-l-egalite-professionnelle-entre-les-femmes-et-les-hommes-PIEP-revu13042017.pdf>, p. 27).

²⁸⁴⁹ Lettre de mission du Président de la République adressée le 1er août 2007 au ministre en charge de la famille citée par URL : <http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/droit-opposable-garde-enfant/famille-droit-opposable-garde-enfants-2012.html>.

²⁸⁵⁰ TABAROT Michèle, *Le développement de l'offre d'accueil de la petite enfance*, Rapport précité, p. 94.

²⁸⁵¹ L'idée d'un droit opposable à la garde d'enfant s'inspirait du modèle allemand (§ 24 SGB VIII Anspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (§ 24 du Code social, livre 8, droit à une prise en charge dans un centre d'accueil ou une garderie)) et du droit au logement opposable prévu en France (article L. 300-1 du Code de la construction et de l'habitation). Il s'agit d'une obligation faite aux communes de fournir une solution aux familles à la fin du congé parental, dont la méconnaissance peut conduire à l'exercice d'un recours contentieux par les titulaires du droit, le juge pouvant éventuellement prononcer des sanctions financières à l'encontre de la commune manquant à cette obligation.

²⁸⁵² Notamment s'agissant de la multiplicité des acteurs potentiellement responsables, de l'insuffisance du nombre de places existantes ou encore de la crainte d'une généralisation des actions contentieuses (voir la lettre de l'Union nationale des centres communaux d'action sociale adressée au ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité Xavier Bertrand le 5 juin 2008, URL : <http://www.unccas.eu/presse/communiqués/2008/courrier-UNCCAS-SPPE.pdf>).

²⁸⁵³ LENDARO Annalisa, « L'origine et le genre. Les discriminations dans le bâtiment et dans l'aide à domicile », *Hommes & Migrations*, n° 1292, 2011, p. 70-81.

²⁸⁵⁴ FAGNANI Jeanne, « Lacunes, contradictions et incohérences des mesures de conciliation travail/famille. Bref bilan critique », *op. cit.*, p. 596.

²⁸⁵⁵ Article L. 531-5 du Code de la sécurité sociale : « Le complément de libre choix du mode de garde est attribué au ménage ou à la personne qui emploie une assistante maternelle agréée » (souligné par nous). En revanche, la loi du 9 juin 2010 fait bien référence aux maisons d'assistants maternels.

833. Les mécanismes mis en œuvre par les politiques publiques relatives à l'égalité réelle apparaissent donc d'une efficacité et d'une portée relative, avec des dispositifs incitatifs et non contraignants pour l'implication des pères dans l'éducation des enfants ou encore des mesures de lutte contre les stéréotypes de genre encore limitées. Malgré tout, les limites constatées ne sauraient contredire l'élan incontestable des pouvoirs publics pour la modification des rôles de genre traditionnels, à travers une politique spécifique d'égalité « réelle » destinée à donner un contenu substantiel au principe d'égalité des sexes. La multiplication des actions entreprises s'inscrit ainsi dans la perspective d'une « nouvelle génération des droits des femmes »²⁸⁵⁶, impliquant d'aller au-delà de la simple interdiction des discriminations fondées sur le sexe pour agir dans les faits, de façon structurelle, sur la division genrée des rôles sociaux. Plus avant, elle a également conduit le législateur et les juges à repenser les rapports au sein des couples au regard de la sexualité. En ce sens, l'affirmation progressive de l'égalité des sexualités a contribué à la remise en cause de la prédominance du modèle hétérosexuel dominant fondé sur la complémentarité des sexes, elle-même source de justification des inégalités entre les femmes et les hommes.

²⁸⁵⁶ Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, précitée, p. 11.

Section II. Vers une remise en cause du modèle hétérosexuel fondé sur la nécessaire complémentarité du masculin et du féminin

834. Le mariage hétérosexuel est progressivement apparu, aux yeux des acteurs juridiques de l'égalité, comme l'un des mécanismes d'institutionnalisation et de légitimation de l'idée de complémentarité des sexes qui a, jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle, servi de cadre juridique à l'assignation des rôles de genre²⁸⁵⁷. La prédominance du modèle du couple hétérosexuel fondé sur la procréation repose ainsi sur l'idée d'une naturalité de la différence des sexes – le genre – servant elle-même de fondement à la justification des inégalités entre les femmes et les hommes.

835. Si « l'hétérosexualité a pour postulat la différence des sexes »²⁸⁵⁸, alors remédier aux inégalités entre les femmes et les hommes implique de remettre en cause ce que certains auteurs ou instances du Conseil de l'Europe appellent l'« hétéronormativité »²⁸⁵⁹, c'est-à-dire les formes par lesquelles le privilège hétérosexuel est institutionnalisé²⁸⁶⁰. En parallèle, la réalisation de l'égalité entre les sexualités a aussi nécessité l'intégration par le droit de l'évolution des rôles de genre masculin et féminin dans le cadre du couple et de la procréation, car « le genre comme élément renvoyant à la nécessaire différence des sexes, condition *sine qua non* du droit au mariage et à la filiation, demeure le principal obstacle à l'égalité formelle des gays et des lesbiennes »²⁸⁶¹. On peut ainsi établir une corrélation entre l'égalité des sexes et l'égalité des sexualités, dans le sens où les discriminations fondées sur le sexe et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ont toutes deux comme source le genre entendu comme la naturalisation de la différence des sexes²⁸⁶². Dès lors, les évolutions juridiques vers la remise en cause de la pertinence de la différence des sexes dans la définition du couple affaiblissent par là même la représentation de ce qui était auparavant la normalité dans le couple, à savoir la nécessaire complémentarité des rôles masculins et féminins. Comme l'affirme Danièle Lochak, le droit positif « n'est pas le simple vecteur passif d'une normalité définie en dehors de lui mais rétroagit sur les représentations collectives. La norme juridique, une fois instituée, devient instituante : transmuée en étalon de la

²⁸⁵⁷ Cf. partie I, titre I, chapitre I.

²⁸⁵⁸ DORLIN Elsa, *Sexe, genre et sexualités*, op. cit., p. 38.

²⁸⁵⁹ HAMMARBERG Thomas, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Rapport précité, p. 141 : « L'hétéronormativité peut être définie comme l'ensemble des institutions, systèmes structurés de compréhension et orientations concrètes qui font que l'hétérosexualité semble cohérente, naturelle et privilégiée. Elle part du principe que tout le monde est hétérosexuel, que l'hétérosexualité est l'idéal et qu'elle est supérieure à l'homosexualité et à la bisexualité. L'hétéronormativité inclut également le fait de privilégier les expressions normatives du genre, c'est-à-dire ce qui est attendu des individus ou ce qui leur est imposé pour qu'ils soient perçus ou acceptés comme "de vrais hommes" ou "de vraies femmes", ces deux catégories étant les seules possibles ».

²⁸⁶⁰ JOHNSON Paul, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge, 2013, p. 11.

²⁸⁶¹ BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012, p. 21.

²⁸⁶² FRANKLIN Cary, « The anti-stereotyping principle in constitutional sex discrimination law », *New York University Law Review*, Vol. 85, 2010, p. 138.

normalité, elle contribue à faire accepter comme normaux certains comportements et à en disqualifier d'autres, dès lors considérés comme anormaux »²⁸⁶³.

836. Certaines évolutions du droit participent, en ce sens, d'un déclin de l'hétéronormativité et, de là, d'une prise en compte par le droit d'une transformation des rôles de genre dans le couple²⁸⁶⁴. Le droit de la non-discrimination – en premier lieu le droit européen – a de ce point de vue eu un rôle déterminant, en particulier à partir des années 2000. L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle a conduit les juges européens et français à ouvrir des droits aux homosexuels ou aux couples de personnes de même sexe qui étaient jusqu'alors réservés aux hétérosexuels ou aux couples de personnes de sexe différent²⁸⁶⁵. L'interdiction des discriminations a toutefois été en elle-même là encore insuffisante pour remettre en cause le modèle hétérosexuel dominant. Le raisonnement des juges y est demeuré sur certains points fondé sur la nécessité de maintenir la différence des sexes dans la définition du couple et, *a fortiori*, du couple de parents. Certaines inégalités – notamment celles relatives au mariage et à l'adoption – ont ainsi pu continuer à être appréhendées non pas comme des discriminations mais comme des différences de traitement légitimes (I). Au-delà de la simple interdiction des discriminations, le législateur est dès lors intervenu, dans une perspective d'égalisation (même si comme on le sait avec beaucoup de réticences) pour remettre en cause le modèle hétérosexuel s'agissant du mariage et de l'adoption, affaiblissant par là même l'idée de complémentarité naturelle entre les sexes (II).

I. L'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle comme outil insuffisant de remise en cause de l'hétéronormativité

837. L'orientation sexuelle peut-être définie comme « la capacité de chacun de ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, du même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus »²⁸⁶⁶. Elle est de point de vue étroitement lié au sexe des individus : « Le caractère hétéro, homo ou bisexuel d'une orientation sexuelle peut être apprécié au travers du sexe des

²⁸⁶³ LOCHAK Danièle, « Égalité et différence. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », in BORRILLO Daniel, *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1999, p. 55.

²⁸⁶⁴ ESKRIDGE William, « The Ideological structure of the same-sex marriage debate (and some postmodern arguments for same-sex marriage) », in WINTERMUTE Robert, ANDENAES Mads, *Legal recognition of same-sex partnerships. A study of national, european and international law*, Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, 2001, p. 113.

²⁸⁶⁵ Un couple de personnes de même sexe n'est en effet pas forcément composé de personnes homosexuelles, la préférence sexuelle des membres du couple n'étant pas un critère pertinent pour qualifier un couple marié, pacsé ou en concubinage. Dès lors, la différence de traitement fondée sur le fait que les membres du couple soient de même sexe n'est pas fondée sur l'orientation sexuelle de ces individus en tant que telle.

²⁸⁶⁶ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États de l'Union européenne*, Rapport de synthèse, 2009.

partenaires ou de l'individu, et de celui vers lequel son attirance se porte»²⁸⁶⁷. Une telle proximité entre sexe et orientation sexuelle n'a pour autant conduit ni les juges européens ni les juges français à reconnaître aux homosexuels et bisexuels une protection sur le terrain de la discrimination en raison du sexe – contrairement à d'autres juges, notamment outre-Atlantique²⁸⁶⁸. Au contraire, le recours au principe d'égalité des sexes a même pu empêcher la reconnaissance des discriminations envers des couples de personnes de même sexe : le fait que le principe d'égalité – conçu comme non-discrimination – soit respecté entre les sexes exclut qu'il puisse s'appliquer aux personnes homosexuelles ou aux couples de personnes de même sexe²⁸⁶⁹.

838. L'étape de la reconnaissance de l'orientation sexuelle comme critère de discrimination, en droit européen et en droit français, a ainsi pallié les limites du critère du sexe pour accorder une protection des personnes homosexuelles et ainsi mettre à mal l'hétéronormativité. En effet, même si le critère de l'orientation sexuelle permet en théorie, selon une conception « universaliste » du droit de la non-discrimination, de protéger les hétérosexuels comme les homosexuels et les bisexuels, autrement dit, que ce critère ne protège pas uniquement « la communauté des homosexuels »²⁸⁷⁰, l'étude de la jurisprudence montre que l'extension des droits sur le terrain de la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle s'est bien faite au profit des homosexuels et des bisexuels, historiquement désavantagés par rapport aux hétérosexuels (A). L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle n'a pour autant pas conduit les juges à supprimer toute différence de traitement entre les couples de personnes de même sexe et les couples de personnes de sexe différent, et ceci est lié à la signification profonde donnée au principe de non-discrimination. Celui-ci a en effet une vocation limitée, puisqu'il prohibe uniquement les différences de traitement illégitimes. Or, certaines différences de

²⁸⁶⁷ BORRILLO Daniel, FORMOND Thomas, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 23.

²⁸⁶⁸ Voir par exemple le raisonnement de la Cour suprême d'Hawaï en 1993, qui a jugé que le refus de célébrer le mariage entre personnes de même sexe constituait une discrimination fondée sur le sexe du requérant (5 mai 1993, *Baehr v. Levin*, 852 p. 2d 44, p. 60-63).

²⁸⁶⁹ Dans une décision de 1980, le Conseil constitutionnel considère ainsi que l'article 331 alinéa 2 du Code pénal réprimant « les actes impudiques ou contre-nature commis avec un mineur de dix-huit ans lorsqu'il appartient au même sexe » ne porte pas atteinte au principe constitutionnel d'égalité, notamment car la sanction est identique que l'auteur soit de sexe masculin ou féminin (Cons. constit., 19 décembre 1980, n° 80-125 DC, cons. 5). La Cour de justice des communautés européennes a un raisonnement similaire dans l'affaire *Grant* de 1998 – prenant le contrepied du raisonnement de l'avocat général (conclusions de l'avocat général Michael B. Elmer présentées le 30 septembre 1997, points 22 et 23) en jugeant que le désavantage subi par le concubin de même sexe d'un travailleur par rapport au concubin de sexe différent ne saurait constituer une discrimination fondée sur le sexe prohibé par l'article 119 du Traité, dès lors qu'il « s'applique de la même manière aux travailleurs de sexe féminin qu'à ceux de sexe masculin, les réductions étant refusées à un travailleur à un travailleur masculin s'il vit avec une personne du même sexe de la même manière qu'elles sont refusées à un travailleur féminin s'il vit avec une personne du même sexe » (CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*, C-249/96. CJCE, 31 mars 2001, *D. et Royaume de Suède contre Conseil de l'Union européenne*, C-122/99 P et C-125/99 P, point 46).

²⁸⁷⁰ CALVÈS Gwénaële, « “Communauté homosexuelle” et communauté des citoyens : pour qui sonne le glas ? », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1497.

traitement entre ces couples ont justement été considérées par les juges comme légitimes car préservant la différence des sexes au fondement du mariage et de la filiation (B).

A. L'orientation sexuelle comme critère de discrimination

839. La prohibition des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle marque le passage d'une simple tolérance légale de l'homosexualité, admise depuis la dépénalisation de l'homosexualité comme corollaire de la liberté sexuelle²⁸⁷¹, à une perspective égalitaire, «interrogeant désormais directement, non plus l'opportunité, mais la légitimité d'une restriction ou d'une différenciation des droits et des obligations des individus en raison de leur sexualité, fût-elle homosexuelle»²⁸⁷². La perspective égalitaire adoptée surtout à partir des années 2000 a conduit à se départir d'une «vision essentialiste de l'homosexualité – en tant que déviance»²⁸⁷³, pour appréhender l'homosexualité sous l'angle de l'universalité, comme une «orientation sexuelle» comme une autre. L'intérêt de l'analyse n'est pas de retracer la reconnaissance des droits aux homosexuels par une étude exhaustive de la jurisprudence sur le sujet²⁸⁷⁴, mais bien d'appréhender les évolutions significatives motivées sous l'angle de la non-discrimination, tant en droit européen (1) qu'en droit français (2).

1) Les apports du droit européen

840. Les textes de droit de l'Union européenne²⁸⁷⁵ prévoient expressément depuis le Traité d'Amsterdam de 1997, la directive 2000/78 et l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux, l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle²⁸⁷⁶. En revanche, si les instances du Conseil de l'Europe ont adopté des recommandations en la matière dès 1981²⁸⁷⁷, la

²⁸⁷¹ La loi n° 82-683 du 4 août 1982 abroge le deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal, qui sanctionnait les «actes impudiques ou contre nature avec un individu mineur du même sexe». CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n° 7525/76 ; CEDH, 26 octobre 1988, *Norris c/ Irlande*, n° 8225/78 ; CEDH, 22 avril 1993, *Modinos c/ Chypre*, n° 15070/89 : dans ces affaires, la Cour condamne les législations réprimant les actes homosexuels sur le terrain du droit au respect de la vie privée (article 8), mais non combiné à l'article 14 de la Convention relatif à l'interdiction des discriminations.

²⁸⁷² BORRILLO Daniel, FORMOND Thomas, *Homosexualité et discriminations en droit privé, op. cit.*, 2007, p. 6.

²⁸⁷³ BORRILLO Daniel, *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, PUF, 2^e édition, 1999, p. 7.

²⁸⁷⁴ Voir pour une telle étude, FORMOND Thomas, *Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit privé*, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Paris Nanterre, 2002.

²⁸⁷⁵ Voir les diverses résolutions du Parlement européen adoptées dès les années 1980 : résolution du 13 mars 1984 sur les discriminations sexuelles sur le lieu de travail ; résolution du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuelles et des lesbiennes dans la Communauté européenne ; résolution sur l'homophobie en Europe du 16 janvier 2006.

²⁸⁷⁶ Article 2 de Traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997, insérant l'article 6 A du Traité instituant la Communauté européenne. Article 1^{er} de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

²⁸⁷⁷ Recommandation 924 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 8 juillet 1981 relative à la discrimination à l'égard des homosexuels ; recommandation 1474 du 26 septembre 2000 sur la situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe ; recommandation 1915 (2010) du 29 avril 2010 relative à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ; recommandation CM/Rec(2010) du Comité des ministres du 31 mars 2010 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre.

Convention européenne des droits de l'homme ne mentionne pas ce critère dans les motifs de discrimination prohibés par l'article 14 ou par le protocole n° 12 de la Convention – qui n'a du reste pas été ratifié par la France. Le caractère non exhaustif de l'article 14 a toutefois conduit la Cour européenne à intégrer en 1999 l'orientation sexuelle comme critère de discrimination – même si ce fondement avait été invoqué dès 1955 devant la Commission européenne des droits de l'homme²⁸⁷⁸ – donnant lieu à une jurisprudence plus abondante que celle de la Cour de justice en la matière. L'évolution jurisprudentielle des deux cours a ainsi conduit à sanctionner, d'une part, les exclusions et les désavantages fondés *directement et explicitement* sur l'orientation sexuelle des requérants et, d'autre part, les désavantages touchant *indirectement* les couples de personnes de même sexe par rapport aux couples de personnes de sexe différent – excluant de fait les homosexuels.

841. La sanction des désavantages directement fondés sur l'homosexualité des requérants. Dans ce contexte, la différence de traitement est reconnue comme discriminatoire sur le fondement de l'orientation sexuelle car elle exclut expressément un individu du bénéfice de droit en raison de son homosexualité. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu pour la première fois l'orientation sexuelle comme motif de discrimination prohibé dans l'arrêt *Da Silva Mouta* de 1999²⁸⁷⁹. Une telle reconnaissance a par la suite mené la Cour européenne à protéger des homosexuels contre les ingérences des États – notamment contre la pénalisation des relations homosexuelles avec des mineurs²⁸⁸⁰, contre les mauvais traitements facilités par la carence des autorités²⁸⁸¹ ou contre l'atteinte à la liberté de réunion²⁸⁸². Mais elle a aussi conduit la Cour à sanctionner l'exclusion de droits reconnus aux hétérosexuels – comme l'exclusion du pacte de vie commune²⁸⁸³ ou même de toute forme d'union²⁸⁸⁴ le refus de la transmission d'un bail²⁸⁸⁵, de la protection sociale²⁸⁸⁶, ou encore du permis de séjour²⁸⁸⁷ – obligeant les États en

²⁸⁷⁸ Commission européenne des droits de l'homme, 17 décembre 1955, *W.B. c/ République fédérale d'Allemagne*, n° 104/55. Johnson Paul, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 126.

²⁸⁷⁹ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, n° 33290/96, point 25. Dans cette affaire, la Cour juge que le refus par les juridictions portugaises d'attribuer à un père à raison de son homosexualité l'autorité parentale de son enfant après un divorce constitue non seulement une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention, lorsque les juges nationaux ne se sont pas uniquement fondés sur l'intérêt supérieur de l'enfant, mais ont aussi pris en compte l'orientation sexuelle du requérant comme motif déterminant pour fonder leur décision.

²⁸⁸⁰ CEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. c/ Autriche*, n° 39392/98 et n° 39829/98 et *S. L. c/ Autriche*, n° 45330/99 ; CEDH, 10 février 2004, *B. B. c/ Royaume-Uni*, n° 53760/00.

²⁸⁸¹ CEDH, 12 mai 2015, *Identoba et autres c/ Géorgie*, n° 73235/12 ; CEDH, 12 avril 2016, *M. C. et C. A. c/ Roumanie*, n° 12060/12 : dans ces affaires, la Cour conclut à une violation de l'article 3 de la Convention combiné avec l'article 14, en raison de la carence des autorités à prévenir les violences commises à l'encontre de manifestants homosexuels. Pour les mauvais traitements infligés par les conditions de détention, voir également CEDH, 9 octobre 2012, *X. c/ Turquie*, n° 24626/09.

²⁸⁸² CEDH, 3 mai 2007, *Baczkowski et autres c/ Pologne*, n° 1543/06 ; CEDH, 21 octobre 2010, *Alekseyev c/ Russie*, n° 4916/07 ; CEDH, 12 juin 2012, *Genderdoc-M c/ Moldova*, n° 9106/06 : dans ces affaires, les interdictions de manifestations organisées pour les droits des homosexuels sont considérées comme des discriminations sanctionnées sur le terrain de l'article 11 de la Convention combiné avec l'article 14.

²⁸⁸³ CEDH, 7 novembre 2013, *Vallianatos c/ Grèce*, n° 29381/09.

²⁸⁸⁴ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, n° 18766/11 et n° 36030/11.

²⁸⁸⁵ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, n° 40016/98 ; CEDH, 2 mars 2010, *Kosak c/ Pologne*, n° 13102/02.

question à leur étendre la protection. La Cour n'a ainsi reconnu qu'une marge d'appréciation étroite aux États s'agissant des différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle²⁸⁸⁸, conduisant les juges à opérer un contrôle strict des justifications apportées par les gouvernements.

842. La France a ainsi été condamnée sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention pour avoir refusé à une personne homosexuelle l'agrément exigé pour pouvoir procéder à l'adoption plénière d'un enfant²⁸⁸⁹. La jurisprudence administrative française relative à la procédure d'agrément s'était en effet opposée à plusieurs reprises à l'adoption plénière d'un enfant par une personne homosexuelle, en faisant référence implicitement ou explicitement à l'homosexualité du requérant comme motif de refus²⁸⁹⁰. Alors qu'une première affaire portée devant la Cour européenne des droits de l'homme²⁸⁹¹ n'a pas donné lieu – à quatre voix contre trois²⁸⁹² – à la reconnaissance du caractère discriminatoire du refus d'agrément, il est intéressant de noter que le gouvernement français affirmait que ce refus n'était pas fondé sur l'homosexualité du requérant, mais sur son statut d'homme célibataire « n'ayant pas de référence féminine proche » : c'était l'absence de deux parents de sexe différent qui posait ainsi problème s'agissant de l'intérêt de l'enfant. On voit ici le lien entre la prédominance du modèle hétérosexuel et la nécessaire répartition des rôles de genre féminin et masculin. Pour la Cour en revanche, le refus d'agrément repose bien sur l'homosexualité déclarée du requérant, mais poursuit un but légitime, objectif et raisonnable, à savoir protéger la santé et les droits des enfants, étant donné que « la communauté scientifique – et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues – est divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels »²⁸⁹³. La marge d'appréciation de l'État est ici étendue, car il n'existe pas de consensus des États parties sur la question de l'adoption par des homosexuels²⁸⁹⁴.

²⁸⁸⁶ CEDH, 22 juillet 2010, *P. B. et J. S. c/ Autriche*, n° 18984/02.

²⁸⁸⁷ CEDH, 23 février 2016, *Pajić c/ Croatie*, n° 68453/13 ; CEDH, 30 juin 2016, *Taddouci et Mc Call c/ Italie*, n° 51362/09.

²⁸⁸⁸ Affaire *Karner* précitée, point 41.

²⁸⁸⁹ CEDH, 22 janvier 2008, *E. B. c/ France*, 43546/02.

²⁸⁹⁰ CE, 9 octobre 1996, n° 168342. Pour une analyse de la motivation du juge, voir BORRILLO Daniel, PITOIS Thierry, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996 », in BORRILLO Daniel, *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, op. cit., p. 145.

²⁸⁹¹ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, n° 36515/97.

²⁸⁹² Voir l'opinion partiellement dissidente des juges Bratza, Fuhrmann et Tulkens, dans l'affaire *Fretté* précitée, point 2 : « Dans le contexte du droit français qui autorise toute personne célibataire, homme ou femme, à formuler une demande d'adoption (article 343-1 du Code civil), nous pensons que le refus de la demande d'agrément, fondé sur l'unique motif tiré de son orientation sexuelle, constitue une violation de l'article 14 de la Convention. Certes, il n'est pas expressément affirmé que c'est l'homosexualité du requérant qui a fondé le refus d'agrément sollicité mais on peut néanmoins admettre, au vu du dossier, que c'est son « choix de vie » qui est la véritable motivation de ce refus ».

²⁸⁹³ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, n° 36515/97, points 37 et 38.

²⁸⁹⁴ Affaire *Fretté* précitée, point 41.

843. Cette décision a néanmoins connu un revirement avec l'affaire *E. B.* dans laquelle une femme homosexuelle, en couple avec une autre femme, s'était vue refuser l'agrément pour l'adoption d'un enfant, notamment pour le motif de l'absence d'un référent paternel²⁸⁹⁵. Pour la Cour européenne, l'atteinte au droit au respect de la vie privée combinée avec la non-discrimination s'avère cette fois-ci disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi, la protection de la santé de l'enfant²⁸⁹⁶. L'argument des études scientifiques va, contrairement à l'affaire *Fretté*, dans le sens de la requérante, puisque la Cour retient que de nombreuses études montrent que l'homosexualité des parents n'a pas d'impact sur l'éducation et la santé des enfants. La reconnaissance du caractère discriminatoire de l'exclusion des personnes homosexuelles de l'adoption n'a toutefois pas été sans résistance²⁸⁹⁷, ce qui montre la prégnance du modèle familial hétérosexuel, fondé sur la nécessaire présence des parents des deux sexes pour le bien de l'enfant.

844. À l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne a sanctionné certains désavantages affectant directement les personnes homosexuelles. Contrairement à la Cour européenne qui a fait une interprétation extensive de l'article 14 de la Convention, la Cour de justice a simplement appliqué l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle prévue expressément par les textes européens. Ainsi, la Cour de justice a condamné sur le fondement de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux la contre-indication permanente au don de sang prévue par l'arrêté du 12 janvier 2009 pour un homme ayant eu des rapports sexuels avec un autre homme. La décision ne constitue toutefois pas une condamnation absolue de l'exclusion des homosexuels, dans la mesure où elle la permettrait en cas d'inefficacité des techniques de détection des maladies transmises par le sang²⁸⁹⁸. Si la Cour de justice a donc en définitive peu reconnu de discriminations fondées directement sur l'orientation sexuelle, elle s'est en revanche montrée plus disposée à reconnaître le caractère discriminatoire des différences de traitement entre les formes d'unions, désavantagant indirectement les couples composés de deux personnes de même sexe.

²⁸⁹⁵ CE, 5 juin 2002, n° 230533.

²⁸⁹⁶ Dès l'instant qu'un État admet l'adoption par une personne célibataire, elle ne peut en effet l'exclure pour certains sur le fondement de l'orientation sexuelle sans procéder à une discrimination. L'argument du manque de référent paternel avancé par le gouvernement, qui conduit à vider de sa substance l'ouverture aux personnes célibataires, masque en réalité « un refus arbitraire fondé sur l'homosexualité » (MÉCARY Caroline, « Homoparenté et homoparentalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualité, op. cit.*, p. 231). CEDH, 22 janvier 2008, *E. B. c/ France*, 43546/02, points 87 et 88.

²⁸⁹⁷ Suite à cet arrêt, l'administration française a refusé de nouveau l'agrément à la requérante, conduisant cette dernière à former un autre recours en annulation devant le Tribunal administratif de Besançon le 10 novembre 2009 qui a prononcé l'illégalité du refus.

²⁸⁹⁸ CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger contre ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, Établissement français du sang*, C-528/13, point 69.

845. **La sanction des traitements excluant indirectement les couples de personnes de même sexe.** Dans ce cas, la discrimination ne résulte pas de la prise en compte directe de l'orientation sexuelle dans le traitement juridique ou la pratique, mais de la différence de traitement entre les couples mariés et les couples non mariés, touchant indirectement les couples de personnes de même sexe qui ne peuvent accéder à la première forme d'union dans de nombreux États européens, dont la France jusqu'à la loi de 2013. La jurisprudence de la Cour de justice assimile désormais une telle différence de traitement à une discrimination en raison de l'orientation sexuelle, alors même que cette dernière n'est pas le critère de distinction retenu : la différence de traitement étant dans ce cas fondée sur le critère de la forme de l'union. Ainsi, dans l'affaire *Maruko* de 2008, les juges européens considèrent que la différence de traitement établie par la réglementation allemande entre le partenaire survivant et l'époux survivant quant à la prestation de survie constitue une discrimination contraire à la directive 2000/78, le mariage étant réservé aux couples de personnes de sexe différent. La Cour renvoie à l'appréciation de la juridiction allemande, qui estime que « le partenariat de vie, sans être identique au mariage, place les personnes de même sexe dans une situation comparable à celle des époux pour ce qui concerne la prestation de survie en cause au principal »²⁸⁹⁹. À situation similaire, la différence de traitement n'est dès lors pas justifiée.

846. Il convient de souligner que, dans cette affaire, les juges européens ne retiennent pas la discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, comme le suggérait le requérant, mais bien la discrimination directe. La notion de discrimination indirecte aurait pu en effet trouver à s'appliquer, puisque le traitement en cause utilise précisément un critère de distinction neutre du point de vue de l'orientation sexuelle et désavantage les couples homosexuels uniquement dans la pratique. Mais la Cour décide d'étendre la définition de la discrimination directe, en y incluant les mesures formellement neutre mais qui ont des effets *exclusivement* sur un seul groupe, alors que la discrimination indirecte est constituée lorsque la mesure apparemment neutre atteint de façon importante, mais non exclusive, les individus d'un sexe plutôt qu'un autre. En l'espèce, le désavantage touche en effet exclusivement les couples de personnes de même sexe, car la loi allemande leur réserve le partenariat enregistré²⁹⁰⁰. Dans l'affaire *Hay* de 2013 qui concernait la France, la Cour de justice conclut également à une discrimination directe s'agissant du désavantage touchant les partenaires par rapport aux époux quant à l'octroi des jours de congés spéciaux et de la prime de mariage conformément à la convention collective nationale du Crédit

²⁸⁹⁹ CJCE, 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, point 69.

²⁹⁰⁰ Une telle solution a été réitérée avec l'arrêt *Römer* de 2011 s'agissant des pensions de retraite complémentaires dont le calcul était moins favorable aux partenaires qu'aux époux. CJUE, 10 mai 2011, *Jürgen Römer contre Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, point 52.

agricole. Pourtant, contrairement au régime de partenariat allemand, le Pacs français n'est pas réservé aux couples de personnes de même sexe, mais est également ouvert aux couples de personnes de sexe différent. Le désavantage ne touchant donc pas *exclusivement* les couples de personnes de même sexe, l'application de la logique de l'arrêt *Maruko* aurait dû conduire à qualifier la différence de traitement de discrimination indirecte. Pour retenir la qualification de discrimination directe d'une différence de traitement non expressément fondée sur l'orientation sexuelle, la Cour retient donc simplement le critère de l'impossibilité de remplir la condition nécessaire pour obtenir l'avantage revendiqué, qui exclut dans les faits les couples homosexuels²⁹⁰¹. Une telle solution tend à troubler la définition de discrimination indirecte, le critère de distinction entre les deux types de discrimination n'étant pas clair. L'extension de la notion de discrimination directe est toutefois favorable aux requérants, qui ne peuvent se voir opposer – contrairement à ce qui peut se produire en cas de discrimination indirecte – une justification de la part de l'auteur de la mesure, ce que la Cour ne manque d'ailleurs pas de rappeler²⁹⁰².

847. La Cour européenne des droits de l'homme s'est en revanche montrée beaucoup plus réservée s'agissant de la reconnaissance du caractère discriminatoire des désavantages touchant indirectement les couples homosexuels²⁹⁰³. La Cour accorde en effet une large marge d'appréciation aux États pour établir des statuts différents pour le partenariat enregistré et pour le mariage et pour ainsi considérer les deux types de couples comme étant dans des situations différentes²⁹⁰⁴. Elle affirme de plus que rien n'indique que la différence de traitement est fondée sur l'orientation sexuelle des requérants, ce qui revient précisément à nier le caractère indirect de la discrimination²⁹⁰⁵. En tout état de cause, la Cour considère que les législations en cause en matière de pension des conjoints survivants poursuivent un but légitime, à savoir la protection de la famille fondée sur les liens du mariage²⁹⁰⁶. Les juges de Strasbourg apparaissent ainsi moins enclins à admettre la discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, ce qui contraste fortement avec le nombre conséquent de décisions sanctionnant des discriminations directes fondées sur ce motif.

²⁹⁰¹ CJUE, 12 décembre 2013, *Frédéric Hay contre Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12, point 47.

²⁹⁰² Affaire *Hay* précitée, point 45.

²⁹⁰³ CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c/ Espagne*, n° 56501/00 ; CEDH, 21 septembre 2010, *Manenc c/ France*, n° 66686/09. Les juges ont considéré comme irrecevables pour défaut manifeste de fondement les recours visant à reconnaître le caractère discriminatoire du refus d'accorder au partenaire survivant la pension de réversion prévue dans le cadre du mariage.

²⁹⁰⁴ Elle a repris en 2016 l'argument de la différence de situation entre les deux types de couples et de la marge d'appréciation des États en la matière, cette fois-ci, au-delà du stade de la recevabilité, pour analyser le bien-fondé de la législation espagnole antérieure à l'ouverture du mariage homosexuel en 2005, en concluant à la non-violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention (CEDH, 14 juin 2016, *Aldeguer Tomas c/ Espagne*, 35214/09).

²⁹⁰⁵ JOHNSON Paul, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 137.

²⁹⁰⁶ Affaire *Mata Estevez* précitée.

848. Malgré ces limites, le droit européen, tant par les textes de l'Union européenne que par les jurisprudences des deux cours, a contribué à la reconnaissance par les États de l'orientation sexuelle comme critère de discrimination, et notamment par le droit français.

2) L'intégration de la notion d'orientation sexuelle en droit français

849. Si l'histoire législative de l'intégration du motif de l'orientation sexuelle parmi les critères de discrimination prohibés montre une intégration en droit français de l'objectif d'égalité des sexualités – certes de manière progressive et controversée –, le contentieux de la non-discrimination se révèle quant à lui, encore une fois, peu propice à la réalisation d'une telle égalité.

850. **La reconnaissance législative.** Avant la reconnaissance de l'orientation sexuelle comme critère de discrimination sous l'influence de l'Union européenne, le législateur français avait déjà admis le lien entre discrimination et homosexualité, avec l'intégration des « mœurs »²⁹⁰⁷ parmi les motifs de discrimination prohibés par le Code pénal en 1985²⁹⁰⁸, puis par l'article L. 122-45 du Code du travail en 1990²⁹⁰⁹. Mais la protection même de l'homosexualité sur le terrain de la non-discrimination n'a pas été sans susciter de fortes réticences de la part des parlementaires, notamment durant les débats relatifs à la loi de 1985 relatifs à la modification des dispositions du Code pénal relatives aux discriminations. D'aucuns craignaient ainsi que la protection des homosexuels ne conduise à protéger par ricochet les auteurs d'attentats aux mœurs, les proxénètes et les pédophiles²⁹¹⁰ ou même « les drogués »²⁹¹¹, assimilant ainsi l'homosexualité à une infraction en dépit de la dépénalisation des « actes contre nature » en 1982. D'autres refusaient une telle protection en prônant l'objectif de réduire la propagation du Sida, facilitée selon eux par la libéralisation des comportements homosexuels²⁹¹². Ces vives réticences ont conduit le Sénat à

²⁹⁰⁷ Pour la plupart des parlementaires de l'époque, la référence aux « mœurs » désigne en effet indirectement l'homosexualité (voir l'intervention de Gilbert Gantier lors de la séance du 26 juin 1985 à l'Assemblée nationale, p. 2019).

²⁹⁰⁸ Article 1^{er} de la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, modifiant l'article 187-1 du Code pénal réprimant les discriminations commises par un dépositaire de l'autorité publique, l'article 416 du Code pénal réprimant les discriminations dans l'accès aux biens et aux services et en matière d'embauche et de licenciement et l'article 416-1 réprimant les discriminations dans l'exercice d'une activité économique.

²⁹⁰⁹ Article 9 de la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap.

²⁹¹⁰ Durant les débats relatifs à la loi de 1985, un député condamne toutefois l'amalgame fait entre l'homosexualité et la pédophilie, en soulignant qu'en protégeant les homosexuels il s'agit précisément de protéger « les mœurs » variant d'un individu à l'autre et d'éviter ainsi les atteintes à ces mœurs (voir l'intervention de Jean-Pierre Sueur lors de la séance du 26 juin 1985 à l'Assemblée nationale, p. 2030).

²⁹¹¹ Voir l'intervention de Gilbert Gantier lors de la séance du 26 juin 1985 à l'Assemblée nationale, p. 2029.

²⁹¹² Voir l'intervention de Jacques Sourdille lors de la séance du 22 juin 1990 au Sénat, p. 2039 : « Mais un mot nous gêne par son ambiguïté, le mot "mœurs". Faites-nous l'honneur de croire que nous ne sommes pas en train de remettre en cause tel ou tel comportement. Notre objectif est de réduire la propagation du sida. Si l'on pouvait, monsieur le secrétaire d'État, trouver une rédaction qui respecte la liberté des mœurs tout en définissant bien ce qu'est un comportement disséminateur d'une maladie épidémique, nous serions alors sur le terrain même des droits de l'homme et des droits de l'autre ».

rejeter par deux fois l'inscription du nouveau motif de discrimination dans le Code pénal en 1985 et dans le Code du travail en 1990.

851. Une telle résistance a néanmoins disparu en 2001 lors de l'adoption de la loi relative aux discriminations²⁹¹³, conçue sous l'influence du droit de l'Union européenne²⁹¹⁴. La rhétorique égalitaire et antidiscriminatoire s'est en effet développée dans le débat public à partir des années 2000, en dépit de la protestation de certains auteurs y voyant une impasse dans le débat sur les droits des homosexuels²⁹¹⁵. L'examen des débats parlementaires montrent un consensus quant à l'intégration dans le Code du travail, dans le Code pénal et dans le statut des fonctionnaires de 1983, par voie d'amendement, de la notion d'« orientation sexuelle » à la place de celle de « mœurs » jugée trop implicite et faisant le lit de l'homophobie²⁹¹⁶. Certains parlementaires ont toutefois regretté l'absence de l'adoption d'un texte spécifique à l'homophobie ou encore le rejet de deux sous-amendements visant à introduire le terme « orientations sexuelles » au pluriel, afin de ne pas exclure la bisexualité du champ d'application de la mesure²⁹¹⁷. Le législateur a par la suite en 2002 étendu la protection contre les discriminations commises par les bailleurs dans le cadre du logement²⁹¹⁸ et a prévu en 2003 l'aggravation des peines de certaines infractions dès l'instant que celles-ci sont commises à raison de l'orientation sexuelle de la victime, « réelle ou supposée »²⁹¹⁹. La référence à cette dernière expression montre, d'une part, que c'est l'intention discriminatoire de l'auteur qui importe et, d'autre part, que la preuve de la discrimination est facilitée pour la victime, qui n'a pas à « prouver » son orientation sexuelle, comme le craignaient certains parlementaires²⁹²⁰. En dépit de certaines interventions arguant qu'une telle disposition n'avait pas sa place dans un texte sur la sécurité intérieure, la plupart des

²⁹¹³ Articles 1^{er} et 11 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

²⁹¹⁴ Voir l'intervention de Patrick Bloche lors de la première séance du 12 octobre 2000 à l'Assemblée nationale, p. 6778.

²⁹¹⁵ LIBCHABER Rémy, « L'adoption par les couples homosexuels et le principe d'égalité : une nouvelle rhétorique dans le débat public », *RTD Cin.*, 2002, p. 611 : « La possibilité de l'adoption s'est immédiatement réclamée d'un principe supérieur : l'interdiction de toute discrimination. Du coup, loin que partisans et adversaires échangent des arguments destinés à l'emporter devant l'opinion, les premiers considèrent que l'obligation de convaincre n'incombe qu'aux seconds : du modèle abstrait du débat où les arguments s'échangent, on est subrepticement passé à celui du procès, où les adversaires de l'homoparentalité devraient se défendre de l'accusation de discrimination ».

²⁹¹⁶ Voir l'intervention de la ministre de l'Emploi et de la Solidarité lors de la séance du 12 octobre 2000 à l'Assemblée nationale, p. 6766.

²⁹¹⁷ VUILQUE Philippe, Rapport n° 2609 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi (n° 2566) de Jean le Garrec relative à la lutte contre les discriminations, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 4 octobre 2000.

²⁹¹⁸ Article 158 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, modifiant l'article 1^{er} de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

²⁹¹⁹ Article 47 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. De façon générale, l'article 132-77 prévoit désormais que « dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'infraction est commise à raison de l'orientation sexuelle de la victime ». Ces infractions sont le meurtre (article 221-4 du Code pénal), les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (article 222-8), les violences ayant entraîné des mutilations ou une infirmité permanente (article 222-10), les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail de plus de huit jours (article 222-12) ou de moins de huit jours (article 222-13), le viol (article 222-24) et les agressions sexuelles autres que le viol (article 222-30).

²⁹²⁰ Voir l'intervention de Pierre Cardo lors de la séance du 11 octobre 2001 à l'Assemblée nationale, p. 5885.

parlementaires ont précisément souligné la nécessité de réprimer davantage l'homophobie afin de protéger la sécurité des personnes qui en sont victimes²⁹²¹. Dans le même sens, la loi de 2004 portant création de la HALDE a modifié la loi de 1881 relative à la presse afin de réprimer l'incitation à la haine et à la violence, la diffamation et l'injure à raison de l'orientation sexuelle²⁹²².

852. Dès lors, bien que les dispositions ajoutées ou modifiées par ces réformes législatives emploient la notion neutre et universaliste d'« orientation sexuelle » – protégeant en principe aussi bien les hétérosexuels que les homosexuels ou les bisexuels – les débats parlementaires montrent quant à eux l'attachement croissant du législateur à combattre l'« homophobie »²⁹²³. C'est donc plus particulièrement les discriminations commises à l'encontre des personnes homosexuelles ou bisexuelles, et donc la remise en cause de l'hétéronormativité, qui est visée par cette évolution législative. Mais à côté d'une évolution indéniable entre les années 1980 et les années 2000 – avec le passage de la répression de l'homosexualité à sa protection – le contentieux relatif à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle apparaît assez pauvre.

853. **Un contentieux restreint.** C'est principalement en droit social que l'on trouve des exemples de contentieux en matière d'orientation sexuelle²⁹²⁴, surtout à partir des années 2010, que ce soit en droit du travail²⁹²⁵ ou en droit de la protection sociale²⁹²⁶. Cependant, l'étude de la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, met en évidence que peu d'affaires ont donné lieu à la reconnaissance de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. En droit du travail, la preuve du caractère discriminatoire apparaît souvent difficile à établir pour les requérants, dès lors, d'autres fondements juridiques sont davantage retenus par les juges : c'est le cas par exemple d'un licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié homosexuel, dont le caractère

²⁹²¹ Le député Gérard Léonard lors de la séance du 21 janvier 2003 à l'Assemblée nationale, p. 358.

²⁹²² Articles 20, 21 et 22 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, modifiant la loi du 29 juillet relative à la liberté de la presse. Lors des débats relatifs à la loi de 2004, certains ont ainsi souligné l'influence de la France par l'action volontariste de l'Union européenne en matière de non-discrimination et la nécessité de combler le « vide juridique » laissant place aux propos discriminatoires en raison de l'orientation sexuelle et plus précisément « homophobes » (voir l'intervention de Patrick Bloche lors de la séance du 5 octobre 2004 à l'Assemblée nationale, p. 7509).

²⁹²³ Le chapitre X de la loi de 2003 relative à la sécurité intérieure mentionne même expressément la « lutte contre l'homophobie ».

²⁹²⁴ Dans le domaine de l'emploi, l'affaire de 1991 relative à l'aide-sacristain licencié par l'association Fraternité Saint-Pie X en raison de son homosexualité, « contraire aux principes de l'Église catholique » a été l'occasion pour la Cour de cassation de reconnaître, de façon ponctuelle, la discrimination fondée sur les mœurs (Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42636).

²⁹²⁵ Cass. soc., 6 novembre 2013, n° 12-22270. La chambre sociale de la Cour de cassation a cassé la décision de la Cour d'appel de Lyon qui avait considéré que le requérant n'avait rapporté « aucun propos, mesure, décision, attitude laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte à son égard ». Les juges suprêmes relèvent que le licenciement pour faute grave dont avait été l'objet le requérant était intervenu deux semaines après que celui-ci ait appris son orientation sexuelle à son employeur. En ne recherchant pas si ces éléments laissaient supposer l'existence d'une discrimination, les juges d'appel ont ainsi privé leur décision de base légale. Voir également : Cass. soc., 24 avril 2013, n° 11-15204.

²⁹²⁶ En matière d'avantages sociaux, la Cour de cassation s'est ainsi montrée disposée à reconnaître la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle – sous l'influence de la Cour de justice de l'Union européenne – lorsqu'une différence de traitement défavorise les salariés pacésés. La chambre sociale a ainsi admis que « le fait de conditionner le bénéfice de congés rémunérés et/ou le paiement d'une prime pour événements familiaux au mariage caractérise une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, les couples homosexuels n'ayant pas le droit de se marier » (Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 10-18341).

discriminatoire n'est pas retenu, mais qui est en revanche jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse²⁹²⁷. S'agissant du droit de la famille, si certains droits liés à la parentalité ont pu être accordés aux couples homosexuels par les juges, leur motivation s'appuie non pas sur le principe de non-discrimination, mais bien sur l'intérêt de l'enfant. C'est le cas concernant l'exequatur en France d'un jugement étatsunien reconnaissant la qualité de parents à deux femmes vivant en partenariat enregistré qui ne heurte pas l'ordre public international français²⁹²⁸ ou encore la délégation de l'exercice de l'autorité parentale de la mère des enfants à sa partenaire dans un couple de femmes²⁹²⁹. Par ailleurs, sur certains terrains, tels que celui de la liberté d'expression, le contrôle de la Cour de cassation se montre particulièrement strict et peu favorable à la reconnaissance des injures à caractère homophobe. Dans l'affaire Christian Vanneste de 2008, la chambre criminelle a ainsi cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Douai qui avait reconnu coupable ce député UMP d'injures à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle sur le fondement de l'article 29 de la loi de 1881, modifiée par la loi de 2004 précitée. Le député en question avait tenu des propos dans la presse selon lesquels l'homosexualité devait rester « un comportement individuel, le plus discret possible », que l'homosexualité était « inférieure à l'hétérosexualité » et que « si on la poussait à l'universel, ce serait dangereux pour l'humanité »²⁹³⁰. La Cour de cassation a accueilli le troisième moyen du pourvoi formé par le député, fondé sur le contrôle des limites de la liberté d'expression²⁹³¹. Après avoir rappelé que « les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation étroite », les juges estiment que, si le député a tenu des propos pouvant « heurter la sensibilité de certaines personnes homosexuelles, leur contenu ne dépasse pas les limites de la liberté d'expression » telle que protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et la loi de 1881. Il apparaît en règle générale difficile pour les juges d'établir un lien entre les propos ou agissements homophobes et le caractère discriminatoire de ceux-ci²⁹³², comme le montre encore l'affaire Christine Boutin dans laquelle la Cour de cassation juge que le propos « l'homosexualité est une abomination » est certes

²⁹²⁷ CA Paris, 13 novembre 2008, n° S 07 / 00294- MPDL.

²⁹²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2010, n° 08-21740.

²⁹²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 24 février 2006, n° 04-17090.

²⁹³⁰ Cass. crim., 12 novembre 2008, n° 07-83398.

²⁹³¹ Les juges de la Cour de cassation ont certes écarté les moyens présentés par le requérant qui arguait, d'une part, de son immunité parlementaire et, d'autre part, de la méconnaissance de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (relatif à la liberté d'expression) par la loi de 2004 réprimant les injures fondées sur l'orientation sexuelle. Sur ce dernier point, le requérant faisait valoir que la protection de l'homosexualité prévue par la loi ne répondait pas « à un besoin social impérieux de nature à justifier, à l'instar de la protection de la race, du sexe ou du handicap, les limites apportées par le législateur français à la liberté d'expression ». Le requérant est allé jusqu'à invoquer paradoxalement l'article 14 de la Convention, en soulignant que la loi de 2004 a été édictée « en vue de protéger les personnes homosexuelles », ce qui institue « une inégalité de traitement qui manque de justification objective et raisonnable au détriment des personnes hétérosexuelles ».

²⁹³² Voir CA Lyon, 13 février 2003, n° 2003/01302. Toujours en matière pénale, la Cour d'appel de Lyon a refusé de reconnaître le préjudice subi par l'association « Homosexualités et Socialisme », du fait de l'agression commise à l'encontre d'une personne en raison de son homosexualité.

«outrageant, [mais] ne contient néanmoins pas, même sous une forme implicite, d'appel ou d'exhortation à la haine ou à la violence à l'égard des personnes homosexuelles»²⁹³³.

854. Le juge administratif s'est quant à lui montré particulièrement réticent à la protection des homosexuels sur le terrain de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle²⁹³⁴. Pourtant, certaines affaires auraient pu lui donner l'occasion de reconnaître la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ainsi, dans un arrêt de 2008, la Cour administrative d'appel de Nancy condamne le refus d'agrément d'une association de défense des droits des homosexuels (association Couleurs Gaies), mais sans se prononcer sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ; elle retient simplement, par un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, qu'aucun motif ne justifiait le refus d'agrément²⁹³⁵. Certaines décisions vont même dans un sens opposé à la protection des droits des homosexuels²⁹³⁶. Le Conseil d'État a ainsi refusé de considérer comme discriminatoire le refus de don du sang opposé à tout homme ayant eu des rapports sexuels avec un autre homme dans l'année précédente²⁹³⁷, justifiant sa décision pour des motifs de santé publique²⁹³⁸. Au vu de ces décisions, il n'est pas peu dire que la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ne semble pas être un objectif prioritaire pour le juge administratif.

855. La reconnaissance de l'orientation sexuelle comme critère de discrimination a donc permis la remise en cause de certaines normes ou pratiques défavorisant les homosexuels, mais sans néanmoins donner lieu à un contentieux très développé. Surtout, le contentieux de la non-

²⁹³³ Cass. crim., 9 janvier 2018, n° 16-87540.

²⁹³⁴ Dans une affaire examinée en 2013, le Conseil d'État a ainsi approuvé le rejet du recours indemnitaire exercé par un agent de police municipale contre la commune de Cannes en vue d'obtenir réparation du préjudice subi du fait de la discrimination à caractère homophobe et du harcèlement moral subis de la part de ses collègues. Le contrôle du juge s'avère restreint, puisqu'il se contente de souligner que la plainte avec constitution de partie civile déposée par le requérant a fait l'objet d'une décision de classement sans suite de la part du procureur de la République et que sa demande auprès de la HALDE a également fait l'objet d'un classement. Il n'opère par conséquent aucun contrôle de la discrimination en tant que telle (CE, 21 octobre 2013, n° 364098).

²⁹³⁵ CAA Nancy, 14 février 2008, n° 07NC00335.

²⁹³⁶ Dans un arrêt de 2014, le Conseil d'État admet par exemple le recours en annulation, formé par la Confédération nationale des associations familiales catholiques, d'une décision du ministre de l'Éducation visant à relayer la campagne de communication relative à la « ligne azur », ligne d'écoute pour les jeunes en questionnement à l'égard de leur orientation ou leur identité sexuelles. Selon le juge, le ministre a manqué au principe de neutralité du service public, en ce que le site internet de la « ligne azur » évoquait certaines pratiques – consommation de drogue, pédophilie, insémination artificielle par sperme frais – sans faire mention de leur caractère pénalement répréhensible (CE, 15 octobre 2014, n° 369965). De même, dans un arrêt de 2017, le Conseil d'État approuve la décision du ministre de l'Intérieur prononçant le manquement au devoir de réserve de la requérante, adjointe de sécurité à la police de l'air, qui avait cosigné un ouvrage dénonçant notamment l'homophobie au sein de son institution (CE, 24 mai 2017, n° 389785).

²⁹³⁷ CE, 28 décembre 2017, n° 400580 et 414973.

²⁹³⁸ Arrêt n° 400580 précité : « Il ressort des pièces des dossiers que les travaux de l'Institut de veille sanitaire, sur lesquels s'est appuyé le ministre des Affaires sociales et de la Santé, permettent d'estimer, d'une part, la proportion de porteurs du virus de l'immunodéficience humaine (VIH) à 14 % chez les hommes ayant eu des relations sexuelles entre hommes, soit une prévalence environ 70 fois supérieure à celle constatée au sein de la population hétérosexuelle, pour laquelle ce taux est de 0,2 % et, d'autre part, la proportion des personnes nouvellement contaminées au cours de l'année 2012 à 1 % chez les hommes ayant eu des relations sexuelles entre hommes, soit une incidence environ 115 fois supérieure à celle constatée au sein de la population hétérosexuelle ».

discrimination s'est avéré insuffisant pour remettre en cause les inégalités entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels relatifs au mariage et à la parenté. La jurisprudence a ainsi plutôt conduit à conforter le modèle hétérosexuel.

B. L'insuffisance du contentieux de la non-discrimination pour l'égalisation des droits relatifs au mariage et à la parenté

856. L'intégration par les juges de l'orientation sexuelle comme critère de discrimination n'a pas pour autant conduit les juges à prononcer l'ouverture des droits relatifs au mariage et à la parenté – et, par suite, à remettre en cause l'hétéronormativité. Les désavantages subis par les couples homosexuels constituent en effet dans ces cas non pas une discrimination illégitime, mais une différence de traitement justifiée pour les juges français (1) et une différence de traitement laissée à l'appréciation des États membres pour les juges européens (2).

1) Une différence de traitement non constitutive d'une discrimination pour les juges français

857. Le refus par les juges français de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe s'est largement fondé sur le nécessaire maintien de la différence des sexes dans la définition du couple marié et du couple de parents. Le juge civil et le Conseil constitutionnel, approuvés par la doctrine civiliste, ont ainsi maintenu – jusqu'en 2013 – la prédominance du modèle hétérosexuel fondé sur l'ordre sexué.

858. **La différence des sexes comme condition au mariage.** Dès les années 1990, le juge civil s'est attaché à une définition du couple, marié ou en concubinage, comme l'union d'un homme et d'une femme²⁹³⁹. Et bien que le législateur ait mis fin à une définition uniquement hétérosexuelle du concubinage avec la loi de 1999 portant création du Pacte civil de solidarité (Pacs)²⁹⁴⁰, le juge civil a quant à lui continué à conditionner le mariage civil à la différence des sexes entre les époux, comme en témoigne l'affaire des époux de Bègles. Dans cette affaire, le maire de la commune de Bègles avait célébré en 2004 le mariage de deux hommes, estimant que «le Code civil ne cont[enait] ni définition du mariage ni interdiction du mariage de deux personnes de même sexe»²⁹⁴¹. On peut en effet arguer²⁹⁴² qu'une interprétation littérale des

²⁹³⁹ Cass. 3^e civ., 17 décembre 1997, n° 95-20779. Déjà l'arrêt du 11 juillet 1989 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation (n° 86-10665) avait rejeté le pourvoi formé par une femme vivant en concubinage avec une autre femme et qui réclamait de la qualité d'ayant-droit en matière d'assurance sociale reconnue aux concubins.

²⁹⁴⁰ Article 3 de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, créant l'article 515-8 du Code civil : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

²⁹⁴¹ Cité par FASSIN Éric, « Mariage gai : le retour », in FABRE Clarisse, FASSIN Éric, *Liberté, égalité, sexualités*, Paris, Belfond, 2003.

articles du Code civil ne permet pas en elle-même une définition du mariage fondée sur la différence des sexes²⁹⁴³. Les juges du fond ont toutefois prononcé l'annulation de l'acte de mariage demandée par le procureur de la République, s'opposant à l'argumentaire fondé sur la liberté de se marier et le principe d'égalité. Il est intéressant pour la présente analyse de montrer, d'une part, comment les juges font de la différence des sexes une condition du mariage et surtout, d'autre part, la manière dont ils neutralisent l'application du principe d'égalité.

859. Le Tribunal de grande instance²⁹⁴⁴ et la Cour d'appel de Bordeaux²⁹⁴⁵ retiennent tout d'abord une interprétation historique du Code civil, en se référant à la fois aux travaux préparatoires du Code civil dont les auteurs concevaient le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme et à l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1903²⁹⁴⁶ qui retient également la différence des sexes des époux. Les juges de première instance notent toutefois que le principe d'égalité des sexes a conduit à l'effacement progressif des termes « homme » et « femme » ou « mari » et « femme » dans le Code civil, sans toutefois affirmer que cette évolution ait abouti à la remise en cause de la complémentarité des sexes dans le mariage. Pour les juges, le fait que le Code mentionne encore des dispositions sexuées montre qu'il n'y a « pas d'équivoque possible » : « Cette différence des sexes constitue en droit interne français une condition de l'existence du mariage »²⁹⁴⁷. La Cour d'appel se fonde de surcroît sur le lien traditionnel qui existe entre le mariage et la procréation, le but de cette institution étant selon elle de fonder une famille : « La notion sexuée de mari et femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère »²⁹⁴⁸. Dès lors, les couples de personnes de même sexe ne pouvant procréer de façon naturelle, ils ne sauraient avoir accès à une institution qui sert précisément de cadre à la famille légitime. L'argument de la finalité

²⁹⁴² Dans l'affaire de Bègles, les requérants font ainsi valoir « qu'il n'existe pas dans les textes du Code Civil une définition du mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme, mais seulement une construction jurisprudentielle et doctrinale qui n'interdit pas à la juridiction aujourd'hui saisie d'avoir une interprétation différente compte tenu des normes de valeur constitutionnelle qui imposent le respect du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi et consacrent la liberté fondamentale de l'accès au mariage » (TGI de Bordeaux, première chambre civile, 29 juin 2004, n° RG 6427/2004).

²⁹⁴³ Selon l'article 75 du Code civil, l'officier d'état civil chargé de célébrer le mariage « recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'ils veulent se prendre pour mari et femme ». Aux termes de l'article 144 du même code, « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage ». Dès lors, les termes « mari » et « femme » de l'article 75 pourraient être interprétés comme renvoyant non pas à un homme et une femme définis biologiquement, mais à des rôles sociaux dont sont investis les époux lorsqu'ils se marient. De même, quand l'article 144 mentionne l'âge de l'homme et de la femme lorsqu'ils contractent mariage, cela ne signifie pas forcément que ce mariage est célébré entre eux. L'interprétation littérale des articles du Code civil n'implique donc pas exclusivement une définition hétérosexuelle de l'institution matrimoniale. Voir PLUYETTE Gérard, « La définition du mariage civil en question (ou en droit positif) », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1389.

²⁹⁴⁴ TGI de Bordeaux, première chambre civile, 29 juin 2004, n° RG 6427/2004.

²⁹⁴⁵ CA Bordeaux, 19 avril 2005.

²⁹⁴⁶ Cass. civ., 6 avril 1903, *Recueil Dalloz*, 1904, p. 395.

²⁹⁴⁷ CA Bordeaux, arrêt précité.

²⁹⁴⁸ CA Bordeaux, arrêt précité : « Le législateur (cf. Discours préliminaire sur le Projet de Code civil) a désiré prendre en compte cette réalité et “déterminer ses formes” en englobant le couple et sa conséquence prévisible, les enfants communs, dans une institution spécifique appelée mariage, choix législatif maintenu dans le temps. Cette “détermination des formes” qui découle directement de l'histoire, des religions, des coutumes, et qui est socialement très largement acceptée, correspond ainsi que le tribunal l'a exactement analysé à la fonction attribuée au mariage de socle d'une famille ».

procréatrice du mariage, dont la nature serait donc uniquement hétérosexuelle, a été largement corroboré par la doctrine en droit de la famille, faisant de l'homosexualité un comportement mortel pour la société²⁹⁴⁹. Le mariage serait donc par nature réservé aux couples hétérosexuels et l'interdiction de homosexualité serait l'un des fondements du mariage civil, au même titre que la monogamie et la prohibition de l'inceste²⁹⁵⁰. Un tel argument est pourtant contestable car on constate plutôt une indifférence du mariage laïc à la procréation. En effet, le droit n'interdit pas les mariages des couples ne pouvant ou ne voulant pas d'enfants, les unions entre personnes âgées et même les mariages posthumes²⁹⁵¹. C'est seulement la volonté individuelle engagée dans un projet affectif qui est le fondement du mariage, puisque seul le consentement réel et exempt de vice suffit pour se marier civilement²⁹⁵².

860. Pour écarter l'argumentaire des requérants fondé sur le principe d'égalité et la non-discrimination, la Cour d'appel renvoie à l'interprétation classique du principe d'égalité, à savoir que l'identité de traitement ne s'applique qu'à des situations similaires. Or, pour les juges, les couples de sexe différent et les couples de même sexe se trouvent justement dans une situation différente vis-à-vis de la procréation²⁹⁵³. C'est donc sur un argumentaire renvoyant à la différence « naturelle » entre les sexes que les juges s'appuient pour justifier la différence de situation, confortant ainsi l'ordre sexué. En outre, les juges estiment que la protection juridique offerte par les autres formes d'union et en particulier le Pacs²⁹⁵⁴ permet de créer un cadre favorable pour les couples de personnes de même sexe, qui ne se trouvent dès lors pas désavantagés par rapport aux couples mariés²⁹⁵⁵. La reconnaissance d'un statut juridique aux couples de personnes de même sexe différent du mariage, mais permettant l'organisation de la vie de couple sert ainsi de motif pour exclure la qualification de discrimination à leur égard. Ainsi, la Cour fait fi des différences

²⁹⁴⁹ Par exemple pour Gérard Cornu : « le mariage est l'union de l'homme et de la femme en vue d'avoir des enfants » (CORNU Gérard, *Droit civil, La famille*, Paris, LGDJ, 2006, n° 45 et 159) et pour Patrick Courbe, la famille est « la continuation des générations » et « la survie de la société en elle-même » (COURBE Patrick, *Droit de la famille*, Paris, Armand Colin, 2^e éd., 2000). Pour un recensement des prises de position doctrinales, voir BORRILLO Daniel, « Fantômes des juristes *vs* ratio juris : la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », in BORRILLO Daniel, FASSIN Eric, *au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, 2^e éd., 2001, p. 161.

²⁹⁵⁰ Cet argument se confond avec celui de l'Église catholique puisque le Code de droit canonique définit le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme ayant pour but naturel la procréation (Code de droit canon de 1983 : canon 1096 « le mariage est une communauté permanente entre l'homme et la femme, ordonnée pour la procréation des enfants par quelque coopération sexuelle »).

²⁹⁵¹ BORRILLO Daniel, FORMOND Thomas, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, *op. cit.*, p. 146.

²⁹⁵² *Ibid.*, p. 145.

²⁹⁵³ CA Bordeaux, arrêt précité : « La spécificité, et non pas discrimination, provient de ce que la nature n'a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent [...]. Tous les couples de sexe différent, ainsi concernés par une éventualité de filiation commune, sont traités à égalité puisqu'ils ont libre choix et libre accès au mariage. Certes les couples de même sexe, et que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, ne sont en conséquence pas concernés par cette institution. En cela leur traitement juridique est différent, parce que leur situation n'est pas analogue ».

²⁹⁵⁴ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, créant les articles 515-1 et s. du Code civil.

²⁹⁵⁵ CA Bordeaux, arrêt précité.

notables entre les deux formes d'unions quant aux droits garantis aux époux et aux partenaires²⁹⁵⁶. Lors de l'adoption du Pacs, des auteurs avaient du reste mis en avant l'illusion d'égalité provoquée par la réforme – la garantie d'un statut pour les couples homosexuels, mais moins avantageux et permettant de justifier la non-ouverture du mariage²⁹⁵⁷ – certains allant même jusqu'à évoquer une « sourde homophobie », distinguant la « famille déviante » de la « famille normale »²⁹⁵⁸. Quoi qu'il en soit, ni la condition de différence des sexes des époux, ni la différence de traitement entre les couples mariés et les couples pacsés, ne constituent pour les juges des ruptures des principes d'égalité et de non-discrimination. La Cour de cassation a confirmé l'interprétation des juges du fond dans un arrêt de 2007 par une motivation succincte, reprenant simplement le « principe » énoncé par la loi française selon lequel « le mariage est l'union d'un homme et d'une femme »²⁹⁵⁹. Le choix du mot « principe » n'est pas anodin, si l'on retient une définition classique de ce terme comme « le nom donné à une maxime intransgressible, une règle tenue pour absolue »²⁹⁶⁰. En rattachant la règle de la différence de sexe à la notion de « principe », la Cour en fait une règle immuable, incontestable, qui ne saurait évoluer au gré de la jurisprudence. Elle masque en outre son propre rôle en tant qu'interprète des énoncés juridiques : si l'on se fonde sur la théorie réaliste de l'interprétation, le principe posé par la Cour de cassation est l'expression de la volonté du juge judiciaire en 2007 et n'est en cela qu'une interprétation possible du Code civil. De ce point de vue, ce n'est pas le texte rédigé par le législateur de 1804 qui interdit le mariage entre deux personnes de même sexe, mais bien la décision du juge judiciaire de 2007.

861. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé en 2011 sur la conformité à la Constitution des articles 75 et 144 du Code civil ainsi que sur cette l'interprétation qui en a été faite par la Cour de cassation en 2007²⁹⁶¹. Par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de

²⁹⁵⁶ La situation des personnes pacsées est donc objectivement moins favorable que celle des personnes mariées s'agissant des droits garantis. Il n'est par exemple pas autorisé de faire don d'un de ses organes à son partenaire de son vivant en cas d'urgence. Il n'y a pas non plus de transmission du nom au partenaire, pas d'adoption d'enfants possible par le couple et pas de partage de l'autorité parentale. Concernant les questions patrimoniales, il existe une obligation de faire un testament pour que le partenaire puisse hériter, il n'y a aucune attribution au survivant du Pacs de l'attestation de veuvage du précédé. S'agissant de la pension de réversion versée entre époux, elle n'est pas transmissible entre partenaires, comme l'affirme la Cour de cassation dans un arrêt de 2014 (Cass. 2^e civ., 23 janvier 2014, n° 13-11362).

²⁹⁵⁷ BORRILLO Daniel, « La reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne : égalité ou apartheid ? », in MARTENS Vladimir, *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2004, p. 95.

²⁹⁵⁸ LENOIR Rémi, « Le familialisme et le PaCS », in BORRILLO Daniel, FASSIN Eric, *au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, 2^e édition, 2001, p. 45.

²⁹⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, n° 05-16627.

²⁹⁶⁰ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7^e éd. 2005, p. 707.

²⁹⁶¹ Cons. constit., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]*, cons. 3.

cassation a en 2010 jugé la question « nouvelle »²⁹⁶², faute d'avoir un « caractère sérieux »²⁹⁶³. Les requérantes – un couple de femmes vivant depuis treize ans ensemble qui s'étaient vues opposer le refus du mariage par le procureur de la République²⁹⁶⁴ – invoquaient à l'appui de leur requête la violation de la liberté de se marier, l'atteinte au droit à mener une vie familiale normale, ainsi que la rupture du principe d'égalité²⁹⁶⁵. Le Conseil considère que si le législateur est compétent pour fixer les conditions du mariage, c'est à condition qu'il respecte les autres exigences constitutionnelles, dont fait partie le principe d'égalité²⁹⁶⁶. En d'autres termes, si le législateur respecte les exigences constitutionnelles de respect de la vie familiale normale et d'égalité, il ne méconnaît pas la liberté du mariage. S'agissant du droit à mener une vie familiale normale, résultant de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil reprend l'argumentation développée par la Cour d'appel de Bordeaux : ce droit n'implique pas le droit de se marier, dans la mesure où les couples de même sexe ont la possibilité de vivre ensemble sous un autre statut légal, le concubinage ou le Pacs²⁹⁶⁷. La « normalité » de la vie familiale ne se restreint désormais plus au mariage légitime, mais semble aussi comprendre les autres formes d'unions. Il reste que l'exclusion des couples homosexuels du mariage rend compte du maintien d'une forme de normalité « supérieure » du couple hétérosexuel, qui n'est pas considérée par le Conseil comme une atteinte au principe d'égalité. Il renvoie en effet à l'interprétation classique du principe d'égalité, selon laquelle si la loi est en principe la même pour tous, le législateur peut régler de façon différente des situations différentes ou déroger au principe pour des raisons d'intérêt général. Or, le Conseil se contente ici d'effectuer un contrôle minimal, afin de laisser au législateur – ou plutôt au juge civil – le pouvoir d'apprécier la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme, légitimant la différence de traitement²⁹⁶⁸. Il ne contrôle ainsi ni l'existence d'une différence de situation entre

²⁹⁶² Cass. 1^{ère} civ., 16 novembre 2010, 10-40042.

²⁹⁶³ ROUX Jérôme, « La QPC sur « le mariage homosexuel » : une question plus nouvelle que sérieuse ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 209.

²⁹⁶⁴ MÉCARY Caroline, *L'amour et la loi. Homos bétéros, mêmes droits mêmes devoirs*, Paris, Alma, 2012, p. 87.

²⁹⁶⁵ Le grief tiré de la violation de la liberté du mariage, liberté reconnue comme fondamentale dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel en 1993 (Cons. constit., 13 août 1993, n° 93-325 DC) et composante de la liberté personnelle résultant des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme, est intrinsèquement lié à celui tiré de la méconnaissance du principe d'égalité. En effet, il y a potentiellement atteinte au principe d'égalité car les couples de personnes de même sexe sont exclus du droit de se marier et, dès lors, « la véritable liberté suppose l'égalité » (LOCHAK Danièle, « Égalité et différence. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », in BORRILLO Daniel, *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1999, p. 49 : « Les homosexuels sont libres de vivre en couple, mais si ce couple ne jouit pas des mêmes droits que le couple hétérosexuel, parce qu'il ne correspond pas au modèle hétérosexuel majoritaire et dominant, le droit à l'indifférence n'est pas respecté »).

²⁹⁶⁶ Cons. constit., n° 2010-92 QPC précitée, cons. 7 : « Considérant, en second lieu, que la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ».

²⁹⁶⁷ *Ibid.*, cons. 8.

²⁹⁶⁸ *Ibid.*, cons. 9 : « En maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur ».

les deux formes de couple, ni même le rapport entre la différence de traitement et l'objet de la loi qui l'établit – alors qu'il rappelle cette condition dans le même considérant. En effet, «là où le Conseil prétend exercer un contrôle du rapport entre la discrimination et l'objet de la loi qui l'établit, il procède en fait à l'examen du contrôle de l'adéquation entre les différences de traitement et l'intention du législateur»²⁹⁶⁹. L'examen attendu serait donc un contrôle de proportionnalité entre les moyens mis en œuvre, la condition de la différence de sexe pour se marier, et les fins poursuivies par le législateur. Or, dans sa décision de 2011, le Conseil ne prend pas la peine d'exercer un tel contrôle, ni même d'ailleurs de préciser qu'elles sont les intentions du législateur.

862. La faiblesse du contrôle effectué par le Conseil constitutionnel en 2011 contraste avec des décisions rendues par des juridictions étrangères sur la même question. L'arrêt de la Cour Suprême d'Hawaï du 5 mai 1993 est la première décision d'une cour suprême d'un État des États-Unis qui déclare inconstitutionnelle l'interdiction pour deux personnes de même sexe de se marier²⁹⁷⁰. Il s'agissait d'un litige concernant le directeur du département de la santé, qui a interprété la loi comme interdisant le mariage aux couples homosexuels. Le problème qui se posait à la Cour était que l'orientation sexuelle ne faisait pas partie des motifs de discrimination interdits par la Constitution d'Hawaï, contrairement à l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe qui figurait dans le texte. Dans son raisonnement, la Cour suprême a répondu à deux questions. En premier lieu, elle a recherché si la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle était également une discrimination fondée sur le sexe, interdite par la Constitution hawaïenne. *A priori*, il n'y avait pas de discrimination fondée sur l'appartenance à un sexe, puisque l'homme et la femme pouvaient se marier entre eux, et l'homme et la femme ne pouvaient pas se marier avec un individu du même sexe que lui ou elle. Cependant, la Cour suprême a passé outre ce raisonnement en déclarant que la discrimination fondée sur le sexe n'était pas seulement une discrimination découlant de l'appartenance à un sexe, mais comprenait également le fait de ne pas pouvoir choisir le sexe de son époux ou de son épouse. Ensuite, elle a contrôlé les justifications données par l'État pour interdire le mariage aux couples homosexuels ou plutôt, elle a examiné quel degré de contrôle il fallait appliquer à ces justifications. La Cour suprême d'Hawaï a estimé que la classification fondée sur le sexe était une classification «suspecte» et non «quasi

sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ».

²⁹⁶⁹ MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Puam, 1997, p. 192.

²⁹⁷⁰ Cour suprême d'Hawaï, *Baehr v. Lewin*, 5 mai 1993. Voir ERRANTE Edward, « Le mariage homosexuel aux États-Unis : les arrêts des tribunaux de l'État d'Hawaï et leur implication au niveau national », in BORRILLO Daniel, *Homosexualités et droit*, *op. cit.*, p. 297.

suspecte ». Une telle classification a conduit à un contrôle « *strict scrutiny* », soit à un contrôle plus approfondi de la différence de traitement que le simple « *national basic test* ». Le contrôle « *strict scrutiny* » entraîne en effet une présomption d'inconstitutionnalité : il revient alors à l'État d'avancer un « intérêt public déterminant » pour justifier la discrimination, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

863. Le contraste entre le contrôle « *strict scrutiny* » opéré par la Cour suprême d'Hawaï et le contrôle minimum exercé par le Conseil constitutionnel français de la condition d'hétérosexualité du mariage est donc flagrant. À l'instar de la Constitution des États-Unis, la Constitution française ne prévoit pas d'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle²⁹⁷¹. Mais contrairement à la Cour suprême d'Hawaï, le Conseil n'étend pas l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe à la prohibition du mariage pour les couples de même sexe. Pourtant, le fondement de l'égalité des sexes aurait pu être ici pertinent, puisque le juge civil ne conditionne pas l'accès au mariage civil par rapport à l'orientation sexuelle des époux, mais seulement par rapport à l'appartenance des époux à un sexe. En retenant une interprétation restrictive du principe d'égalité conduisant à un contrôle minimum, le juge constitutionnel français évite d'interroger la légitimité de l'exigence de la différence des sexes dans la définition du mariage.

864. La différence de situation entre les couples de personnes de même sexe et les couples de personnes de sexe différent quant au droit de se marier, a également été mobilisée par les juges français pour refuser la parenté aux couples de personnes de même sexe.

865. **Le refus de l'homoparentalité.** Comme cela a été vu précédemment, le juge civil a admis d'un côté l'adoption par une personne seule et homosexuelle et de l'autre des mécanismes de partage de l'autorité parentale permettant à un partenaire de même sexe de se voir reconnaître un rôle auprès de l'enfant de son partenaire. Toutefois, la reconnaissance de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'a pas conduit les juges à admettre l'établissement d'un lien de filiation d'un enfant avec deux parents de même sexe. En effet, d'une part, l'adoption d'un enfant par un couple n'est ouverte qu'aux époux²⁹⁷², et est donc indirectement légalement impossible – jusqu'en 2013 – aux couples de personnes de même sexe²⁹⁷³. D'autre part, la

²⁹⁷¹ GARNIERI Stéphane, « Le droit constitutionnel et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », *RFDC*, n° 40 et 41, 1999 et 2000.

²⁹⁷² Article 343 du Code civil : « L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans ».

²⁹⁷³ D'une part, la Cour de cassation avait refusé en 2012 l'exequatur de deux jugements anglais et canadien autorisant l'adoption plénière par un couple d'hommes, au motif que l'inscription de l'enfant sur les registres d'état civil comme étant né de deux parents de même sexe heurtait « un principe essentiel du droit français » (Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n° 11-30261 et n° 11-30262).

jurisprudence a explicitement refusé l'adoption simple de l'enfant par le partenaire ou le concubin de même sexe²⁹⁷⁴. Ainsi, si les juges semblent enclins à admettre des mécanismes permettant l'exercice de la « parentalité » par les couples homosexuels, il en va autrement s'agissant la « parenté » induisant l'établissement d'un lien de filiation de l'enfant avec deux parents de même sexe.

866. Dans un arrêt de 2006, la Cour d'appel de Riom a ainsi rejeté la demande d'adoption simple formée par la partenaire de la mère biologique de l'enfant, qui pouvait être considérée comme le « parent social » de l'enfant étant donné qu'elle vivait avec lui depuis sa naissance et avait établi des liens « affectifs et familiaux » ; selon la requérante, elle remplissait dès lors les conditions pour adopter l'enfant, dans la mesure où l'adoption allait dans le sens de l'intérêt supérieur de celui-ci – avoir deux parents légaux²⁹⁷⁵. La Cour d'appel prend le soin de confirmer qu'il « n'est plus contesté que l'homosexualité n'est pas légalement un empêchement à l'adoption simple par une personne de l'un ou l'autre sexe »²⁹⁷⁶. Néanmoins, au regard de l'article 365 du Code civil, l'adoption par la partenaire aurait pour effet de transférer l'autorité parentale à celle-ci et par là même d'en priver la mère biologique – l'autorité parentale conjointe ne revenant qu'aux époux –, ce qui est inacceptable pour les juges. Selon ces derniers, un tel transfert serait de nature « à créer une grave confusion dans l'esprit de l'enfant, et à le perturber » et serait donc contraire à son intérêt. Ce n'est donc pas l'homosexualité de la requérante qui est visée par les juges pour justifier le refus d'adoption, mais bien le fait de vouloir priver la mère biologique de l'exercice de l'autorité parentale. Cette solution conduit à privilégier une conception biologique de la parenté sur une conception sociale, défavorable aux couples de personnes de même sexe souhaitant adopter conjointement. Sur ce point, la Cour de cassation reprend le raisonnement de la Cour d'appel²⁹⁷⁷, insistant sur l'importance de maintenir le lien parental entre l'enfant et la mère biologique et ce « même si [celle-ci] avait consenti à cette adoption »²⁹⁷⁸. Si la Cour mentionne uniquement les conséquences négatives de la rupture du lien entre la mère biologique et l'enfant, certains auteurs ont quant à eux évoqué les risques de l'établissement de la filiation

²⁹⁷⁴ Dans ce cas de figure, une femme a un enfant seule par le biais d'une insémination avec tiers donneur ou d'une fécondation *in vitro* ou bien un homme procède seul à l'adoption plénière d'un enfant, et l'autre membre du couple de même sexe souhaite faire reconnaître juridiquement son statut de « parent social » par le biais de l'adoption simple (MÉCARY Caroline, « Homoparenté et homoparentalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 237).

²⁹⁷⁵ MÉCARY Caroline, « Homoparenté et homoparentalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 236 : « L'enfant qui est élevé par un couple n'a en réalité sur le plan juridique qu'un seul parent pour le protéger. L'enfant se trouve dans une situation d'insécurité juridique qui n'est pas négligeable, puisque si la mère ou le père vient à décéder, la compagne ou le compagnon n'a aucun devoir vis-à-vis de cet enfant, d'où la nécessité d'avoir à intervenir, ne serait-ce que pour garantir une sécurité juridique et c'est là que l'on peut envisager de se tourner vers l'adoption simple ».

²⁹⁷⁶ CA Riom, deuxième chambre civile, 27 juin 2006.

²⁹⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 19 décembre 2007, n° 06-21369.

²⁹⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2007, n° 06-15647.

« monosexuée » qui porterait atteinte « au fondement même de notre société, l’alliance du masculin et du féminin »²⁹⁷⁹. L’adoption simple par le partenaire ou le concubin de même sexe ne conduirait pas seulement la reconnaissance du parent social, déjà installé dans la famille, mais risquerait aussi de faciliter la construction d’une famille homoparentale *ab initio*, par un couple homosexuel avec un projet parental, en contournant l’interdiction pour un couple non marié d’adopter conjointement²⁹⁸⁰. Selon ce point de vue, les principes d’égalité et de non-discrimination ne sauraient permettre de remettre en cause le fondement hétérosexuel de la parenté²⁹⁸¹.

867. Quoi qu’il en soit, dans l’affaire de 2007, comme dans d’autres par la suite, la Cour de cassation ne retient pas les arguments des requérantes relatifs à la rupture d’égalité entre les couples mariés et non mariés quant au partage de l’autorité parentale, entraînant indirectement selon elles une discrimination en raison de l’orientation sexuelle²⁹⁸². Sans approfondir la question, elle se contente de relever la différence de traitement établie par le législateur, en omettant de contrôler la pertinence de la différence de situation la justifiant. Sur cette question, le Conseil constitutionnel a lui aussi exercé un contrôle limité du principe d’égalité²⁹⁸³. Le Conseil admet tout de même que la différence de situation entre les couples mariés et les couples non mariés quant à l’établissement de la filiation adoptive a des conséquences sur la « situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe »²⁹⁸⁴. Toutefois, le Conseil ne va pas jusqu’à se prononcer sur l’existence d’une différence de traitement illégitime, considérant qu’il revenait au législateur de décider de réserver aux conjoints la faculté d’une adoption au sein d’un couple. Comme pour la question du mariage, le Conseil prive ici d’effet utile le contrôle d’égalité, en affirmant qu’il n’a pas « un pouvoir général d’appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »²⁹⁸⁵.

868. La différence de situation entre les deux types de couples est-elle si évidente et naturelle pour les juges que ceux-ci ne se donnent pas la peine de la préciser ? Pour le juge civil, il est

²⁹⁷⁹ FULCHIRON Hugues, « Du couple homosexuel à la famille monosexuée. Réflexions sur l’homoparentalité », *op. cit.*, p. 392.

²⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 392.

²⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 392 : « Il est nécessaire de dépasser les raisonnements fondés sur l’égalité et le refus des discriminations. Porté par l’enthousiasme que suscitent les droits de l’homme, ou par un certain conformisme intellectuel, on risque d’oublier qu’une différence de traitement ne constitue pas une discrimination lorsqu’elle est fondée sur des justifications objectives et raisonnables ».

²⁹⁸² Arrêt n° 06-21369 précité ; voir également Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2011, n° 10-10385.

²⁹⁸³ Cons. constit., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [*Adoption au sein d’un couple non marié*]. Dans une affaire faisant l’objet d’une question prioritaire en 2010, les requérantes estiment qu’en interdisant « la reconnaissance juridique d’un lien social de filiation qui préexiste », l’article 365 du Code civil méconnaît le droit à mener une vie familiale normale et le principe d’égalité issu de l’article 6 de la Déclaration de 1789. Voir MÉCARY Caroline, « Le Conseil constitutionnel manquerait-il de courage ? », *AJ Famille*, 2010, p. 489.

²⁹⁸⁴ Décision n° 2010-39 QPC précitée, cons. 9.

²⁹⁸⁵ *Ibid.*, cons. 5.

évident qu'un couple de parents de même sexe ne saurait s'apparenter à un couple de parents de sexe différent et obtenir les mêmes droits, car seuls les seconds offrent à l'enfant la présence d'un père et d'une mère²⁹⁸⁶. Le droit européen de la non-discrimination n'a pu servir de fondement pour remettre en cause ces différences de traitement, la jurisprudence laissant l'appréciation de la différence de situation entre les deux types de couples aux États parties.

2) Les limites de la jurisprudence européenne antidiscriminatoire

869. Si les juges européens ont reconnu l'orientation sexuelle comme un motif de discrimination, une telle reconnaissance n'a pas conduit à remettre en cause les différences de traitement en termes de mariage et d'adoption entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels, notamment en droit français. Dans les affaires susmentionnées, les requérants invoquaient en effet le droit européen, en particulier l'article 14 de la Convention, et certains ont été jusqu'à saisir la Cour européenne des droits de l'homme pour remettre en cause la législation française. Mais la marge d'appréciation reconnue aux États parties et l'absence de consensus dans ces domaines ont mené les juges à limiter le contrôle relatif à la non-discrimination.

870. **L'absence de consensus entre les États concernant l'accès au mariage.** Bien que la Cour européenne des droits de l'homme se soit montrée plutôt favorable à la reconnaissance des droits des transsexuels, en admettant que l'identité de genre soit une composante du sexe juridique, sa jurisprudence en matière de mariage des couples de personnes de même sexe demeure « résolument hétéronormative »²⁹⁸⁷. L'ouverture du droit de se marier aux personnes transsexuelles ayant subi une opération de reconversion sexuelle²⁹⁸⁸ n'a en effet pas remis en cause le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme²⁹⁸⁹ : la personne transsexuelle peut dans ce cas, sans attenter à l'exigence d'hétérosexualité, se marier avec un individu de son sexe de naissance²⁹⁹⁰. La Cour a eu l'occasion de réaffirmer la condition d'hétérosexualité du mariage dans des affaires qui concernaient cette fois-ci non pas le mariage de personnes transsexuelles, mais bien des couples de personnes de même sexe ayant conservé leur sexe d'origine. Dans l'affaire *Schalk et Kopf contre Autriche* de 2011, le couple de requérants qui s'était vu refuser le mariage au regard de la loi autrichienne en raison de leur appartenance commune au sexe masculin, invoquait à la fois une violation de l'article 12 de la Convention, le

²⁹⁸⁶ Cf. partie II, titre II, chapitre II.

²⁹⁸⁷ JOHNSON Paul, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 158.

²⁹⁸⁸ CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95.

²⁹⁸⁹ CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, n° 22985/93 et n° 23390/94, point 66 : « La Cour rappelle qu'en garantissant le droit de se marier, l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. Son libellé le confirme : il en ressort que le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille ».

²⁹⁹⁰ CEDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*, 37359/09.

droit de se marier²⁹⁹¹, et de l'article 8 combiné avec l'article 14, le droit au respect de la vie privée et familiale sans discrimination²⁹⁹². Concernant ce dernier fondement, la Cour semble *a priori* disposée à reconnaître l'existence d'une discrimination, puisqu'elle souligne que « les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves »²⁹⁹³. De plus, elle juge que les couples homosexuels et les couples hétérosexuels se trouvent dans des situations comparables « pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation »²⁹⁹⁴. Au regard de la similitude des situations et du contrôle strict opéré normalement par la Cour, tout porte à croire que le raisonnement de la Cour aurait dû conduire au constat de la discrimination, comme le font remarquer les juges dissidents²⁹⁹⁵. Mais la Cour refuse de conclure à la violation de la Convention, en raison de la marge d'appréciation dont bénéficient les États à la fois pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives concernant l'ouverture du partenariat²⁹⁹⁶ et pour décider du statut conféré par ce type d'union, fût-il moins favorable de celui du mariage²⁹⁹⁷. La marge d'appréciation résulte de l'absence de consensus européen quant à la reconnaissance juridique des couples homosexuels, quand bien même la Cour souligne qu'un tel consensus commence à se faire jour parmi les États partis²⁹⁹⁸.

871. En dépit de cette évolution pointée par la Cour, qui aurait pu annoncer un revirement imminent, les arrêts ultérieurs relatifs à la question du mariage des couples de personnes de même sexe ont repris la solution de 2011²⁹⁹⁹. Dans l'affaire *Chapin et Charpentier contre France*, à savoir l'aboutissement devant la Cour européenne de l'affaire des époux de Bègles, les requérants avaient pourtant changé de stratégie, par rapport à l'affaire *Schalk et Kopf*, en renforçant l'argumentaire fondé sur la discrimination. Déjà, devant les juridictions françaises, les requérants avaient mobilisé la clause de non-discrimination de la Convention en rapport avec le droit à la vie privée et familiale et le droit de se marier. Toutefois, le juge civil avait décidé que ni la

²⁹⁹¹ S'agissant du droit de se marier, la Cour rappelle que l'article 12 de la Convention, interprété de façon littérale, s'applique aux couples composés d'un homme et d'une femme. La Cour estime qu'il n'est pas possible d'adopter une interprétation évolutive de cet article qui permettrait d'admettre le mariage homosexuel, en raison de l'absence d'un consensus européen sur cette question – elle relève qu'à l'époque, seuls six des quarante-sept États parties avaient ouvert le mariage aux couples de même sexe. De surcroît, le mariage possède, selon les juges, « des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre », ce qui confère aux autorités nationales une large marge d'appréciation pour « apprécier les besoins de la société et y répondre » (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04, point 62).

²⁹⁹² Les requérants estimaient que les couples de même sexe subissaient une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, d'une part, car au moment des faits la loi autrichienne ne garantissait ni l'accès au mariage, ni l'accès à une autre forme d'union, et d'autre part, car une fois le partenariat enregistré reconnu, ses effets différaient de ceux du mariage.

²⁹⁹³ Affaire *Schalk et Kopf* précitée, point 97.

²⁹⁹⁴ *Ibid.*, point 99.

²⁹⁹⁵ Opinion dissidente commune aux juges Rozakis, Spielmann et Jebens, point 8.

²⁹⁹⁶ Affaire *Schalk et Kopf* précitée, point 105.

²⁹⁹⁷ *Ibid.*, point 108.

²⁹⁹⁸ *Ibid.*, point 105.

²⁹⁹⁹ CEDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*, 37359/09.

Convention, ni la jurisprudence de la Cour européenne ne s'opposaient au principe du mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, constitutive certes d'une ingérence dans les droits des couples homosexuels, mais justifiée par un «but légitime» et selon des «moyens proportionnés» selon la Cour d'appel de Bordeaux, en ce que la loi française prévoyait d'autres formes de reconnaissance juridique³⁰⁰⁰. La Cour européenne donne raison aux juridictions françaises en concluant à la non-violation des articles invoqués, en se contentant de reprendre à l'identique les solutions de sa jurisprudence antérieure, étant donné le « bref laps de temps écoulé depuis les arrêts »³⁰⁰¹. Les juges omettent ainsi d'effectuer les étapes du contrôle de la discrimination, à savoir le constat de l'ingérence, la recherche d'un but légitime et l'examen de la proportionnalité des moyens employés à cette fin. L'argument de l'absence de consensus et de la marge d'appréciation laissé aux États apparaît ainsi neutraliser le contrôle opéré habituellement en matière de discrimination ; on voit là encore les limites du contentieux antidiscriminatoire dans la transformation des normes fondées sur la complémentarité des sexes. En matière d'adoption par les couples de même sexe, ce contrôle se révèle tout de même un peu plus approfondi.

872. **La marge d'appréciation des États s'agissant de l'adoption.** Comme cela a été vu précédemment, la Cour européenne s'est montrée favorable à la reconnaissance des discriminations touchant les personnes homosexuelles souhaitant adopter seules – adoption monoparentale –, la discrimination étant dans ce cas fondée directement sur l'orientation sexuelle des demandeurs. Une telle reconnaissance a été plus difficile concernant l'adoption par deux parents homosexuels, car une telle procédure remet directement en cause le modèle hétérosexuel de la filiation, auquel les États – et notamment la France – restent attachés³⁰⁰². S'agissant de l'adoption plénière conjointe – par les deux membres du couple qui n'ont pas de liens biologiques avec l'enfant –, aucune affaire relative à l'exclusion des couples homosexuels de cette procédure n'a été portée devant la Cour européenne, probablement en raison de l'absence de consécration d'un droit à l'adoption par la Convention³⁰⁰³ et de la prudence de la Cour vis-à-vis de cette question³⁰⁰⁴. Elle a en revanche eu à se prononcer sur la question de l'exclusion des couples de personnes de même sexe de l'adoption coparentale, par laquelle l'un des membres du couple

³⁰⁰⁰ CA Bordeaux du 19 avril 2005, arrêt précité : « Les couples de même sexe, et que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, ne sont en conséquence pas concernés par cette institution. En cela leur traitement juridique est différent, parce que leur situation n'est pas analogue. Mais ils disposent par ailleurs du droit de voir reconnaître leur union dans les mêmes conditions que tous les couples de sexe différent ne désirant pas se marier, si bien que la distinction résultant de cette spécificité est objectivement fondée, justifiée par un but légitime, et respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé ».

³⁰⁰¹ CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c/ France*, n° 40183/07, point 39.

³⁰⁰² PELISSIER Anne, « La réception de l'homoparentalité en droit européen », *AJ Famille*, 2006, p. 406.

³⁰⁰³ JOHNSON Paul, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 132 : « *With regard to the adoption of a non-biologically related child by a same-sex couple, no complaint has been lodged with the Court* ».

³⁰⁰⁴ CEDH, 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, n° 19010/07, point 134.

adopte l'enfant de l'autre, devenant alors le deuxième parent légal de l'enfant. Le juge européen refuse de reconnaître la qualification de discrimination indirecte à certaines différences de traitement ; et ce n'est que lorsque la discrimination est directement fondée sur l'orientation sexuelle que le juge opère un contrôle plus approfondi en restreignant la marge d'appréciation de l'État en cause.

873. L'affaire *Gas et Dubois contre France* examinée en 2012 relève du premier cas de figure, le caractère discriminatoire de la différence de traitement n'ayant pas été reconnu par les juges. En fondant leur argumentation sur l'article 8 de la Convention combiné avec l'article 14, les requérantes estimaient que le refus d'adoption simple constituait une « discrimination à la fois directe et indirecte fondée sur l'orientation sexuelle » ne poursuivant aucun but légitime³⁰⁰⁵. La discrimination *directe* résultait, selon elles, de la différence de traitement opérée par l'article 365 du Code civil entre, d'un côté, les couples non mariés, qui ne peuvent procéder à l'adoption simple de l'enfant du partenaire et, de l'autre, les couples mariés, qui peuvent procéder à l'adoption du conjoint car partageant l'autorité parentale. Sur ce point, la Cour estime qu'en matière d'adoption par le second parent, les couples mariés et les couples non mariés ne sont pas dans une situation comparable qui justifierait une exigence d'identité de traitement³⁰⁰⁶. En d'autres termes, elle admet qu'il existe une différence de situation entre les couples mariés et non mariés concernant l'adoption – que la Cour n'explicite pas – et qui justifierait l'exclusion du partenaire de la possibilité d'adopter. Pour ce qui est de la discrimination *indirecte*, les requérantes considéraient que l'obstacle opposé à l'adoption ne valait que pour les couples homosexuels, car les couples hétérosexuels non mariés pouvaient échapper à la limite de l'article 365 en se mariant. En retenant une approche directe des discriminations, la Cour juge qu'il n'y a pas de différence de traitement entre les couples homosexuels non mariés et les couples hétérosexuels non mariés, puisqu'ils « se voient opposer les mêmes effets, à savoir le refus de l'adoption simple »³⁰⁰⁷. Dans les deux cas, le juge européen n'a pas à vérifier l'existence d'un but légitime du refus d'adoption : celui-ci repose à la fois, d'une part, sur la différence de situation supposée entre les couples mariés et non mariés quant à l'adoption et, d'autre part, sur l'absence de différence de traitement entre les couples homosexuels non mariés et les couples hétérosexuels non mariés.

³⁰⁰⁵ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, n° 25951/07, point 47. Les autorités françaises avaient refusé l'adoption de l'enfant d'une femme ayant procédé à une procréation médicalement assistée en Belgique par sa partenaire, au motif qu'une telle adoption romprait le lien juridique entre la mère biologique et l'enfant, au regard de l'article 365 du Code civil qui ne prévoit le partage de l'autorité parentale que pour les couples mariés.

³⁰⁰⁶ Affaire *Gas et Dubois* précitée, point 68.

³⁰⁰⁷ Affaire *Gas et Dubois* précitée, point 69.

874. Il en va autrement dans l'affaire *X contre Autriche* de 2012 dans laquelle la Cour reconnaît le caractère directement discriminatoire du refus d'adoption, opposé uniquement aux couples *homosexuels* non mariés, alors que l'adoption était ouverte aux couples *hétérosexuels* non mariés – ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Gas et Dubois*³⁰⁰⁸. Ayant constaté une différence de traitement non fondée sur une différence objective de situation, il restait à la Cour à s'interroger sur l'existence d'un but légitime et de moyens proportionnés pour atteindre un tel but. Or, les juges approuvent ici le but légitime avancé par le gouvernement autrichien, à savoir le souci de protéger la famille traditionnelle : pour celui-ci, le refus d'adoption opposé aux couples homosexuels visait à permettre de « recréer autant que possible la situation que l'on trouve dans une famille biologique »³⁰⁰⁹. En souscrivant à un tel but, la Cour admet par là même qu'il est légitime de préserver la famille traditionnelle entendue comme la famille avec un couple composé d'un homme et d'une femme, maintenant ainsi l'hétérosexualité comme modèle dominant. Néanmoins, les juges considèrent que le moyen employé pour atteindre ce but, à savoir le traitement discriminatoire des couples homosexuels, n'est pas proportionné et concluent finalement à la violation des articles 8 et 14 de la Convention. La Cour rappelle en effet qu'en matière de discrimination en raison de l'orientation sexuelle, les États disposent d'une marge d'appréciation étroite³⁰¹⁰. Dès lors, les autorités autrichiennes auraient pu prendre des mesures moins attentatoires aux droits des homosexuels, notamment en laissant aux tribunaux le pouvoir d'apprécier au cas par cas les demandes d'adoption³⁰¹¹.

875. L'étendue de la marge d'appréciation des États quant à la différence de traitement touchant les couples homosexuels en matière d'adoption dépend donc de la reconnaissance préalable du caractère discriminatoire ou non de celle-ci. Or, le juge européen semble particulièrement réticent à admettre la discrimination lorsque le critère de distinction n'est pas directement l'orientation sexuelle des requérants, comme c'est le cas en droit français. La Cour fait de la question de la prédominance du modèle hétérosexuel à travers la condition d'altérité sexuelle « un choix de société », dont une réforme de principe « ne pourrait émaner que d'un Parlement », comme le souligne le gouvernement français dans l'affaire *Gas et Dubois*³⁰¹². Le contentieux de la non-discrimination, tant au niveau européen que français, est ainsi apparu insuffisant pour une égalisation des droits entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels. Le renvoi répété de cette question au législateur, à la fois par les juges civils

³⁰⁰⁸ Affaire *X et autres* précitée, points 130 et 131.

³⁰⁰⁹ *Ibid.*, point 137.

³⁰¹⁰ *Ibid.*, point 147.

³⁰¹¹ *Ibid.*, point 146.

³⁰¹² Affaire *Gas et Dubois* précitée, point 52.

français, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme, a dès lors conduit celui-ci à choisir de remettre en cause de la conception du mariage et, dans une moindre mesure, de la parenté, fondée sur la différence et la complémentarité entre les sexes.

II. L'égalisation des traitements des couples hétérosexuels et homosexuels par l'intervention du législateur

876. Certains aspects juridiques de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe en 2013 ont déjà été traités dans le chapitre relatif à l'interprétation du principe d'égalité comme indifférenciation des énoncés juridiques au regard du sexe³⁰¹³. Il convient toutefois d'analyser la manière dont cette réforme a été portée au nom de l'égalité des sexualités et de la transformation des rôles sociaux au sein du couple. Il s'agit cependant de ne pas négliger la forte opposition suscitée par une telle réforme, le projet de loi de la Garde des Sceaux Christiane Taubira ayant été adopté à 331 voix contre 225. La violence de la contestation fondée sur le caractère indispensable de l'altérité sexuelle n'a toutefois fait que confirmer une volonté politique forte de remettre en cause la prédominance du modèle hétérosexuel avec argumentaire résolument fondé sur le principe d'égalité.

877. Si les deux aspects de la réforme de 2013, le mariage et l'adoption se recourent, puisque l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a entraîné *de jure* la possibilité de procéder à l'adoption conjointe et coparentale, les critiques opposées à ces deux évolutions et leurs réponses respectives diffèrent, ce qui suppose de traiter ces deux questions séparément. Ainsi, pour défendre l'ouverture du mariage, le législateur a détaché cette institution de la procréation et donc de la nécessaire altérité sexuelle (A), tandis que pour soutenir l'adoption par les couples de même sexe, il a défendu l'idée que la protection de l'intérêt de l'enfant n'impliquait pas forcément la présence des parents des deux sexes (B). Dans les deux cas, le législateur a remis en cause l'idée d'une complémentarité naturelle entre les deux sexes, dans une perspective transformative des rôles de genre.

A. La fin de la nécessaire différence des sexes comme condition du mariage

878. La rhétorique égalitaire mobilisée par les auteurs de la loi de 2013, ainsi que le rejet des arguments de l'opposition fondés sur la nécessaire altérité sexuelle, marquent l'affaiblissement du modèle hétérosexuel au fondement du mariage et de la filiation.

³⁰¹³ Cf. partie I, titre II, chapitre I.

879. **L'ouverture du mariage au nom de l'égalité des sexualités.** Certains parlementaires avaient déjà émis en 2012 une proposition de loi visant « à ouvrir le droit au mariage sans distinction de sexe ni de genre » dans une perspective de remise en cause des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre³⁰¹⁴. Les instigateurs de la loi du 17 mai 2013, initiée par l'exécutif³⁰¹⁵, retiennent aussi une approche égalitaire, puisque parmi les solutions qui s'offraient à eux pour améliorer les droits des couples homosexuels – création d'un nouveau contrat d'union civile prévoyant les mêmes droits que pour les couples mariés ou réforme du Pacs – ceux-ci ont choisi de traiter de façon identique les couples de personnes de même sexe et ceux de personnes de sexe différent³⁰¹⁶.

880. La loi de 2013 crée ainsi l'article 143 du Code civil qui dispose que « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe »³⁰¹⁷, excluant ainsi explicitement la différence des sexes comme condition du mariage. Les articles 75 et 144 du Code civil, qui avaient été mobilisés par les juridictions comme posant la condition d'altérité sexuelle, font ainsi référence aux termes d'« époux » à la place de ceux de « mari », d'« homme » et de « femme ». Les aspects juridiques de la réforme ayant fait l'objet de précédents développements, il convient surtout de se concentrer sur l'argumentaire en sa faveur. Celui-ci est clairement fondé sur une rhétorique égalitaire et de lutte contre les discriminations touchant les homosexuels³⁰¹⁸, remettant en cause la hiérarchie entre les sexualités³⁰¹⁹, certains parlementaires faisant même le lien entre de telles discriminations et le maintien d'un « ordre patriarcal » au fondement des inégalités de genre³⁰²⁰. Les auteurs de la loi ont également fait valoir l'évolution de la conception du mariage, aujourd'hui détachée de la finalité reproductrice du couple³⁰²¹ et, selon une conception laïque, fondée davantage sur les fonctions sociales de solidarité et d'assistance³⁰²²,

³⁰¹⁴ Proposition de loi visant à ouvrir le droit au mariage à tous les couples sans distinction de sexe ni de genre présentée par Marie-George Buffet, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2012.

³⁰¹⁵ Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe présenté au nom de Jean-Marc Ayrault, Premier ministre, par Christiane Taubira, Garde des Sceaux, ministre de la justice, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012.

³⁰¹⁶ Suivant sur ce point l'avis de la CNCDH : « Le principe d'égalité de tous les citoyens face aux institutions commande que l'on ne crée pas un "mariage bis" pour une catégorie de citoyens » (CNCDH, Avis sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe du 24 janvier 2013, point 10).

³⁰¹⁷ Article 1^{er} de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

³⁰¹⁸ Voir l'intervention de Christiane Taubira lors de la séance du 29 janvier 2013 à l'Assemblée nationale, p. 471 : « Nous proclamons par ce texte l'égalité de tous les couples, de toutes les familles. Enfin, nous disons aussi qu'il y a dans cet acte une démarche de fraternité, parce qu'aucune différence ne peut servir de prétexte à des discriminations d'État » ; voir également les interventions de Dominique Bertinotti, p. 472, d'Erwann Binet, p. 474, de Marie-Françoise Clergeau, p. 479, de Corinne Narassiguin, p. 492, de Sergio Coronado, p. 511, de Marc Dolez, p. 517.

³⁰¹⁹ Voir l'intervention de Françoise Dumas lors de la séance du 30 janvier 2013 à l'Assemblée nationale, p. 595.

³⁰²⁰ Voir l'intervention de Marie-George Buffet lors de la séance du 29 janvier 2013 à l'Assemblée nationale, p. 526.

³⁰²¹ LEBEL Aurélie, « Le mariage, le couple et l'historien du droit », *AJ Famille*, 2013, p. 122.

³⁰²² Voir l'intervention de Sergio Coronado lors de la séance du 29 janvier 2013 à l'Assemblée nationale, p. 511.

même si le mariage n'est pas pour autant devenu «un simple accord de volontés»³⁰²³. La dissociation progressive entre le mariage et la filiation, notamment par la suppression de la distinction entre filiation légitime et naturelle, témoigne d'ailleurs de cette évolution conceptuelle du mariage au regard de sa finalité procréative³⁰²⁴. Non seulement le mariage n'implique pas juridiquement la procréation, mais cette dernière est désormais largement détachée, dans les faits, de l'institution matrimoniale. Dès lors, si le mariage n'est plus rattaché à la procréation, alors il n'apparaît plus nécessaire de maintenir la condition de différence des sexes elle-même fondée sur les rôles sociaux complémentaires attribués aux femmes et aux hommes en matière de reproduction. Le rejet de l'altérité sexuelle comme condition au mariage rejoint ainsi, dans le discours de certains parlementaires, une perspective transformatrice des rôles de genre³⁰²⁵.

881. **Le rejet de la nécessaire altérité sexuelle.** L'égal accès au mariage a fait l'objet d'une contestation importante de la part de l'opposition parlementaire, reflétant les controverses virulentes ayant animé le débat public pendant plusieurs mois. L'opposition a développé, tant durant les débats parlementaires que lors de la saisine du Conseil constitutionnel, un argumentaire naturaliste et universaliste visant à faire de la procréation, et donc de l'altérité sexuelle, le fondement du mariage³⁰²⁶. Le principe d'égalité, comme exigence d'indifférenciation, ne trouverait pas à s'appliquer quant au droit de se marier, dès lors que les couples hétérosexuels et homosexuels seraient dans une situation différente au regard de la procréation. Le mariage serait ainsi une institution ayant pour but la « transmission » par le biais de la filiation afin de permettre le renouvellement des générations et la survie de la société³⁰²⁷. L'ouverture du mariage constituerait dès lors une « réforme de civilisation » remettant en cause « l'ordre symbolique »³⁰²⁸, à

³⁰²³ LEROYER Anne-Marie, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1697 : « Le statut d'ordre public [...] continue de le gouverner, et qui est lié à la prohibition de l'inceste, de la polygamie autant qu'à l'existence de nombreux devoirs (communauté de vie, fidélité, secours, etc.), mais aussi les fonctions sociales singulières qu'il continue de remplir, notamment de solidarité ou d'assistance ».

³⁰²⁴ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation. L'étude d'impact du projet de loi énonce sur ce point qu'une majeure partie des naissances de premiers enfants (56 %) concerne aujourd'hui des couples non mariés, alors que de telles naissances hors mariages étaient encore rares en 1974 (8,5 %) (étude d'impact du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, novembre 2012, p. 4).

³⁰²⁵ Voir l'intervention de Marie-Françoise Clergeau lors de la séance du 29 janvier 2013 à l'Assemblée nationale, p. 479 : « Le mariage n'est plus cette institution machiste, inégalitaire et hypocrite qui donnait la primauté au masculin et cantonnait la femme à une sexualité procréatrice. Le mariage est devenu libre et consenti librement. L'égalité des droits a remplacé la hiérarchie des sexes ».

³⁰²⁶ Voir par exemple l'intervention de Jean-François Copé lors de la séance du 30 janvier 2013 à l'Assemblée nationale, p. 579 : « Bien sûr, il a existé des civilisations presque aussi tolérantes que la nôtre à l'égard de l'homosexualité. Mais elles n'acceptaient pas le mariage entre personnes du même sexe car aucune n'a cherché à nier l'altérité des sexes dans l'origine de la filiation. C'est cela qui est universel » ; de Xavier Breton lors de la séance du 1^{er} février 2013, p. 721.

³⁰²⁷ Voir par exemple l'intervention de Jean-Frédéric Poisson lors de la séance du 29 janvier 2013 à l'Assemblée nationale, p. 497 : « L'union d'un homme et d'une femme est la seule condition à la fois nécessaire et suffisante pour y parvenir. La pérennité de la société requiert que l'on assure tout ensemble le renouvellement des générations, ainsi que la transmission de tous les patrimoines, matériels ou spirituels, vers les descendants ».

³⁰²⁸ Voir l'intervention de Jean-Frédéric Poisson le 7 février 2013, p. 1383, relayant l'avis consultatif du Conseil d'État sur le projet de loi.

savoir, pour reprendre la définition donnée par la sociologue Irène Théry lors des débats sur le Pacs en 1997, les « distinctions anthropologiques majeures » parmi lesquelles l'altérité sexuelle³⁰²⁹.

882. Pour les parlementaires auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel comme pour une partie de la doctrine³⁰³⁰, la définition du mariage comme union d'un homme et d'une femme en vue de constituer une famille constituerait même un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) de valeur constitutionnelle, qui s'imposerait donc au législateur. L'argumentaire de la saisine est explicite : « La différence entre les sexes est fondatrice de la société et cette réalité naturelle ne peut être niée au profit d'aberrations qui lui substitueraient une orientation sexuelle particulière, fruit du ressenti des individus. L'altérité sexuelle est bien le fondement du mariage tel que le contrat social de notre République le définit »³⁰³¹. Les conditions de reconnaissance d'un tel PFRLR – à savoir la tradition républicaine et sur la récurrence d'un tel principe dans des lois républicaines antérieures à 1946³⁰³² – sont selon eux remplies³⁰³³. La mobilisation de l'argument des PFRLR par la doctrine avait néanmoins suscité des critiques de la part de certains auteurs, soulignant l'absence de pertinence d'un tel fondement juridique³⁰³⁴. La doctrine en question chercherait à instrumentaliser le droit positif en affirmant l'existence d'un PFRLR, pour justifier une démarche jusnaturaliste fondée sur leur propre conception du droit naturel qui protégerait l'hétérosexualité du mariage. De plus, l'argument du PFRLR avait peu de chances d'aboutir devant le Conseil constitutionnel étant donné qu'il était lié à des valeurs objectives, visant de surcroît à dénier un droit subjectif aux couples de personnes de même sexe³⁰³⁵. La décision du Conseil constitutionnel va du reste dans ce sens, puisqu'elle énonce que si la législation républicaine invoquée par les parlementaires définit bien le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, la tradition républicaine ne suffit pas en elle-même à établir

³⁰²⁹ THÉRY Irène, « Le contrat d'union civil en question », *Esprit*, n° 10, octobre 1997, p. 139. Voir pour une analyse de la rhétorique de « l'ordre symbolique » : IACUB Marcela, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », *Le Banquet*, septembre 1998. À noter que si la sociologue Irène Théry évoquait en 1997 les dangers de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, sa position a évolué en 2013 : lors des auditions devant l'Assemblée nationale, elle s'est montrée favorable à la prise en compte par le droit de l'évolution de l'institution du mariage (audition du 5 février 2013).

³⁰³⁰ Par exemple : CANDIDE Lucie, « Le sexe, le mariage et la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gazette du Palais*, n° 278, 4 octobre 2012, p. 7 ; BRECHOT François-Xavier, « La constitutionnalité du mariage pour tous en question », *JCP édition générale*, n° 51, 17 décembre 2012, p. 1388 ; LE POURHIET Anne-Marie, « Le mariage de Mamère et la "Constitution de mon père" », *Constitutions*, 2013, p. 166.

³⁰³¹ Saisine par soixante sénateurs n° 2013-669 DC, point 4-3.

³⁰³² Cons. constit., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC et 20 juillet 1988, n° 88-244 DC ; CE, 3 juillet 1996, *Koné*, n° 169219.

³⁰³³ Ils font ainsi référence aux diverses lois qui depuis 1792 ont retenu, selon eux, une conception hétérosexuelle du mariage, fondée sur la procréation, faisant partie de « l'identité constitutionnelle » de la France (saisine par soixante sénateurs n° 2013-669 DC, point 4-4).

³⁰³⁴ VIALA Alexandre, « Un PFRLR contre le mariage gay ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013, chronique n° 4.

³⁰³⁵ *Ibid.* L'auteur fait ainsi valoir que la consécration des PFRLR par le juge constitutionnel opère généralement dans le sens d'une conception subjectiviste de la démarche, qui protège « l'individu davantage que les institutions ».

l'existence d'un PFRLR³⁰³⁶. Le Conseil écarte également l'argument jusnaturaliste en considérant que « doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait “naturellement” l'union d'un homme et d'une femme »³⁰³⁷.

883. Les auteurs de la saisine se sont également appuyés sur le principe d'égalité issu de l'article 6 de la Déclaration de 1789 – d'une façon qui n'apparaît désormais plus paradoxale tant il a été démontré que l'interprétation de ce principe est malléable – pour contester deux aspects de la loi de 2013 liés à la condition d'altérité sexuelle. En premier lieu, le principe d'égalité a été mobilisé dans son sens matériel, afin que le législateur traite de façon différente les situations des couples hétérosexuels et homosexuels placés, selon les requérants, dans des situations différentes. Mais le Conseil constitutionnel demeure ici fidèle à son interprétation limitée du principe d'égalité, en laissant la marge d'appréciation au législateur quant à la pertinence des différences de situation en cause³⁰³⁸, mais donnant toutefois lieu à une conclusion inverse à celle retenue dans sa décision QPC de 2011, cette fois-ci dans un sens favorable à l'ouverture du mariage³⁰³⁹. En second lieu, l'opposition contestait, sur le fondement du principe d'égalité, la règle de conflit de lois permettant aux couples de personnes de même sexe, dont la loi personnelle refusait le mariage, d'écarter celle-ci pour se voir appliquer la loi française du lieu de célébration du mariage. Cette nouvelle disposition ne bénéficiant pas aux couples de personnes de sexe différent, elle instaurait donc une différence de traitement à leur désavantage. Mais le Conseil constitutionnel approuve le choix du législateur d'opérer une telle différence de traitement, estimant que le législateur « n'a pas traité différemment des personnes se trouvant dans des situations semblables »³⁰⁴⁰. Bien que le Conseil ne mentionne pas la différence de situation qui justifie la différence de traitement, on peut penser que seuls les couples de personnes de même sexe sont concernés à l'étranger par de telles interdictions de se marier sur le fondement de l'orientation sexuelle, ce qui les place dans une situation spécifique au regard du droit de se marier.

884. Le Conseil constitutionnel a donc rejeté les griefs invoqués par l'opposition parlementaire, qui mêlait fondements juridiques et arguments naturalistes pour défendre l'altérité sexuelle dans la définition du couple marié. Il en a été de même s'agissant de la question de l'adoption par les couples de personnes de même sexe.

³⁰³⁶ Cons. constit., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, cons. 21. Pour ce faire, il aurait fallu que cette règle – le Conseil n'utilise pas ici le terme de « principe » – intéresse les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou encore l'organisation des pouvoirs publics.

³⁰³⁷ Décision n° 2013-669 DC précitée, cons. 21.

³⁰³⁸ *Ibid.*, cons. 22 : « En ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ».

³⁰³⁹ MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « La loi et le principe d'égalité », *RFDA*, 2013, p. 952.

³⁰⁴⁰ Décision n° 2013-669 DC précitée, cons. 29.

B. L'ouverture de l'adoption comme remise en cause de la complémentarité des sexes dans le rôle de parents

885. L'opposition parlementaire s'est montrée encore plus hostile à ce que les couples de personnes de même sexe puissent devenir parents ; ce n'est en effet pas tant l'ouverture du mariage qui a suscité la contestation que la reconnaissance concomitante du droit d'adopter conjointement par deux parents de même sexe. Mais la majorité parlementaire, appuyée par le Conseil constitutionnel, a rejeté les arguments fondés sur la nécessaire complémentarité des sexes dans le couple de parents pour le bien de l'enfant, attestant d'une prise en compte de l'évolution des rôles parentaux détachée du sexe.

886. **La protection de l'intérêt de l'enfant n'impliquant pas forcément des parents de sexe différent.** Lors des débats parlementaires, nombre d'interventions ont insisté sur l'impératif d'altérité sexuelle dans un couple de parents pour le bon développement psychologique de l'enfant³⁰⁴¹. En ouvrant l'adoption plénière et conjointe aux couples de personnes de même sexe, le législateur consacrerait un « droit à l'enfant » poursuivant une logique consumériste et individualiste qui mettrait en péril l'intérêt supérieur de l'enfant. Les parlementaires en question soulignent en effet les différences entre les femmes et les hommes concernant le rôle de parent, la complémentarité entre le rôle de géniteur et celui de génitrice étant nécessaire pour l'enfant³⁰⁴². Certains émettent de plus la crainte que l'adoption plénière par les couples homosexuels fasse croire à la possibilité de l'engendrement par deux personnes de même sexe, une « chimère » qui remettrait en cause les lois naturelles de la procréation – contrairement à l'adoption par deux parents de sexe différent, qui rompt certes le lien avec les géniteurs, mais qui ne viole pas les principes de l'engendrement³⁰⁴³. De ce point de vue, la menace d'une possible ouverture de l'AMP aux couples de femmes (exclue pour les couples d'hommes en l'état actuel de la médecine et réservé à ce jour aux couples hétérosexuels avec un problème de stérilité ou en cas de risque de transmission d'une maladie à l'enfant³⁰⁴⁴) a suscité l'inquiétude chez beaucoup de parlementaires. L'ouverture de l'AMP entraînerait de surcroît, selon eux, l'autorisation – aujourd'hui prohibée par le droit – de la gestation pour autrui (GPA), afin d'aligner, sur le fondement du principe de non-

³⁰⁴¹ Pour quelques exemples parmi beaucoup d'autres, voir l'intervention de Bernard Accoyer lors de la séance du 30 janvier 2013 à l'Assemblée nationale, p. 548 : « Il n'existe aucune étude scientifique sur les conséquences de l'éducation d'un enfant par un couple formé de deux personnes de même sexe en dehors des études militantes. Aucune étude scientifique n'a à ce jour été publiée dans le monde sur ce thème ô combien important. Psychologues, psychiatres et psychanalystes s'accordent à dire que les troubles suscités par un tel environnement au cours de l'enfance pourraient entraîner des troubles psychologiques, voire psychiatriques, au bout d'une ou de plusieurs générations. Telle est votre responsabilité ! »

³⁰⁴² Voir l'intervention de Xavier Breton lors de la séance du 1^{er} février 2013, p. 817 : « Vous êtes incapables de penser une complémentarité mutuelle : la femme et l'homme se complètent l'un l'autre. Ce n'est pas toujours facile mais ce n'est pas en niant la différence que vous parviendrez à rétablir une véritable égalité ».

³⁰⁴³ Voir l'intervention de Jean-François Copé lors de la séance du 30 janvier à l'Assemblée nationale, p. 569.

³⁰⁴⁴ Article 2141-2 du Code de la santé publique.

discrimination, le « droit à l'enfant » des couples d'hommes sur celui des couples de femmes pouvant seules accéder à une AMP³⁰⁴⁵. De telles réformes conduiraient à privilégier un « droit à l'enfant au détriment du droit de l'enfant »³⁰⁴⁶, destiné à satisfaire les besoins « égoïstes » des couples de même sexe³⁰⁴⁷ au préjudice de l'enfant qui sera privé de l'accès à l'origine de ses géniteurs³⁰⁴⁸. Les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel ont invoqué plusieurs fondements juridiques pour appuyer l'argument de la nécessaire complémentarité des sexes dans la fonction parentale, tels que le droit de mener une vie familiale normale ou le droit au respect de la vie privée³⁰⁴⁹, mais le Conseil n'a conclu à aucune violation de ces normes constitutionnelles, en jugeant qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique »³⁰⁵⁰. La référence à des principes objectifs, comme le « principe de valeur constitutionnelle de la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle »³⁰⁵¹ ou le principe de dignité humaine, n'a pas non plus convaincu le Conseil constitutionnel³⁰⁵².

887. Le Conseil constitutionnel laisse par conséquent le législateur libre de déterminer, au regard de la compétence en matière d'état des personnes fixée par l'article 34 de la Constitution, que l'identité des sexes des adoptants ne constituait pas en elle-même un obstacle à la filiation adoptive. Il rejette ainsi l'idée que l'altérité sexuelle puisse constituer un principe juridique déterminant du droit de la filiation et être nécessaire à l'intérêt de l'enfant. Celui-ci exige plutôt, selon le législateur, la reconnaissance juridique des familles homoparentales, même si le Conseil constitutionnel ne va pas jusque-là dans sa décision.

³⁰⁴⁵ Voir l'intervention de Philippe Gosselin lors de la séance du 29 janvier 2013, p. 522. Cf. partie II, titre II, chapitre II.

³⁰⁴⁶ Le député Guillaume Chevrollier lors de la séance du 1er février 2013 à l'Assemblée nationale, p. 762.

³⁰⁴⁷ Voir l'intervention de Philippe Gosselin lors de la séance du 3 février 2013 à l'Assemblée nationale, p. 1083.

³⁰⁴⁸ Voir l'intervention de François Sauvadet lors de la séance du 29 janvier 2013 à l'Assemblée nationale, p. 524 : « Tous les enfants donc réclament une histoire familiale, celle qui trouve son origine dans la rencontre d'un homme et d'une femme. Tous ceux qui ont été privés de cette filiation sont en quête de cette histoire qui est la leur ».

³⁰⁴⁹ Ils font, d'une part, référence aux droits subjectifs de l'enfant, en arguant que l'ouverture de l'adoption plénière aux couples de personnes de même sexe violerait « son droit à mener une vie familiale normale avec son père et sa mère, et de son droit corrélatif d'être nourri, entretenu et élevé par les deux parents qui lui ont donné la vie », portant ainsi atteinte au « principe à valeur constitutionnelle du droit de l'enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et son père » (saisine par soixante sénateurs n° 2013-669 DC, point 5-2-2). Les requérants font aussi valoir une atteinte à la vie privée, en ce que l'adoption plénière par deux personnes de même sexe contraindrait à révéler l'orientation sexuelle des parents et la nature adoptive de la filiation – un couple de même sexe ne pouvant « prétendre » avoir engendré naturellement – ce qui attenterait au secret de l'adoption et constituerait une rupture d'égalité par rapport aux enfants adoptés par un couple hétérosexuel.

³⁰⁵⁰ Décision n° 2013-669 DC précitée, cons. 51.

³⁰⁵¹ Saisine par soixante sénateurs n° 2013-669 DC, point 5-2-1. Ainsi, « en ouvrant l'adoption à des "couples" de personnes de même sexe [la loi prive] l'enfant adopté, tantôt du droit à une filiation maternelle tantôt du droit à une filiation paternelle ».

³⁰⁵² S'agissant de la question de la dignité cependant, si le juge a estimé que la loi n'instaurait pas un « droit à l'enfant », dans la mesure où les couples de même sexe sont soumis aux mêmes règles, conditions et contrôles institués en matière de filiation adoptive il a tout de même sur ce point émis une réserve : la modification de la procédure d'agrément ne saurait conduire à ce que celui-ci soit délivré sans vérification, par l'autorité administrative, pour chaque situation, du respect de l'exigence de la conformité à l'adoption à l'intérêt de l'enfant, qui résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

888. **La prise en compte de l'évolution des rôles de genre dans la fonction parentale.** Le législateur de 2013 entend « penser l'adoption non comme une fiction du droit imitant la nature, mais comme une réalité fondée sur l'existence d'une volonté instituée »³⁰⁵³. Les instigateurs de la loi ont en effet mis en évidence que le refus de reconnaître l'adoption pour les couples de personnes de même sexe revenait à nier l'existence de familles homoparentales et à méconnaître l'intérêt des enfants élevés au sein de celles-ci³⁰⁵⁴. Pour contrer les arguments en faveur de la préservation de l'altérité sexuelle, le législateur s'est appuyé sur les études d'experts, notamment en psychologie, qui « n'établissent aucune différence significative, en termes d'évolution, d'épanouissement, d'identité sexuée ou d'orientation sexuelle chez les enfants élevés dans ces contextes »³⁰⁵⁵. Il convient néanmoins de souligner que la pertinence des auditions n'a pas fait l'unanimité, certains contestant l'objectivité du choix des personnes convoquées déjà en faveur de l'ouverture du mariage et de l'adoption. En ouvrant l'adoption, la majorité parlementaire a en tout état de cause estimé que le droit de la filiation ne devait pas forcément mimer la « nature »³⁰⁵⁶, l'engendrement biologique³⁰⁵⁷, mais devait plutôt permettre de reconnaître juridiquement un fait existant déjà socialement. En prenant en compte l'existence des familles homoparentales, le législateur admet l'évolution de la fonction parentale, qui n'est désormais plus appréhendée comme étant différemment dévolue à l'un ou l'autre sexe. Cela remet en particulier en cause l'idée que la fonction maternelle, considérée comme primordiale mais ayant longtemps servi de justification des inégalités, soit nécessairement exercée par une femme. Cette prise en compte de l'évolution des rôles parentaux a du reste conduit le législateur à modifier les dispositifs relatifs aux majorations de durée d'assurance, qui bénéficiaient en cas d'adoption en dernier ressort à la mère³⁰⁵⁸.

³⁰⁵³ LEROYER Anne-Marie, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *op. cit.*, p. 1697.

³⁰⁵⁴ BINET Erwann, Rapport n° 628 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, tome I, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, p. 47.

³⁰⁵⁵ BINET Erwann, Rapport n° 628 fait au nom de la Commission des lois des lois constitutionnelles sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, tome II, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013. Voir la contribution de Serge Hefez, psychiatre et psychanalyste, p. 87 ; voir également la contribution de Suzann Heenen-Wolff, psychanalyste et psychologue, p. 101.

³⁰⁵⁶ LEROYER Anne-Marie, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *op. cit.*, p. 1697.

³⁰⁵⁷ Voir l'intervention de Catherine Lemorton lors de la séance du 29 janvier 2013 à l'Assemblée nationale, p. 483 : « Le fondement du droit ne peut être la nature, au demeurant plus souvent fantasmée que réelle, mais bien plutôt l'idéal moral de l'égalité des êtres humains ».

³⁰⁵⁸ Le dispositif des articles L. 351-1 à L. 351-6 du Code de la sécurité sociale prévoit une majoration de quatre trimestres, accordée à la mère à raison de l'incidence sur sa carrière de la maternité, de la grossesse et de l'accouchement ; en cas d'adoption, cette majoration est accordée à l'un des parents à raison des démarches liées à l'adoption et à l'accueil de l'enfant. Pour ces régimes de majoration en cas d'adoption ou d'éducation, les parents font le choix d'attribuer cette majoration à l'un d'entre eux ou de se partager cette majoration. Mais en cas de silence ou de désaccord entre les parents, le régime antérieur à 2013 présumait que la totalité des trimestres était attribuée à la mère, traditionnellement en charge de l'éducation de l'enfant. Or, cela présentait des difficultés s'agissant des couples de personnes de même sexe. Le projet de loi propose donc pour ces situations soit un partage

889. L'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe n'apparaît donc pas uniquement comme la remise en cause de la prédominance du modèle hétérosexuel. Elle conduit plus encore à reconsidérer les rôles sociaux au sein du couple, en particulier en détachant le sexe de la fonction sociale de parent. L'idée de complémentarité entre les hommes et les femmes, qui justifie que ces dernières demeurent cantonnées à la fonction de mère rattachée à la sphère privée, est par là même remise en question. L'égalité des sexualités est ainsi une condition directe de l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, ce qui n'a pas échappé aux parlementaires en faveur de la loi de 2013³⁰⁵⁹.

890. **Conclusion chapitre II.** Les évolutions constatées dans ce chapitre marquent par conséquent l'adoption en droit français d'une politique égalitaire orientée vers la transformation des rôles sociaux rattachés traditionnellement aux femmes et aux hommes. Non seulement elles développent l'idée selon laquelle l'appartenance au sexe féminin ou masculin ne conduit pas forcément à adopter les rôles de genre attribués aux femmes et aux hommes, mais elles incitent aussi à la modification des comportements sociaux, en particulier s'agissant de l'implication des hommes dans les fonctions parentales. Ces évolutions sont balbutiantes et partielles, mais leurs manifestations sont multiples, incontestables et traversent tous les domaines où les inégalités de genre sont encore prégnantes. L'analyse aura ainsi établi que l'interdiction des discriminations et son application sur le terrain contentieux se sont révélées à elles seules insuffisantes pour opérer une telle transformation, en raison notamment de la réticence des juges à dépasser une acception formelle du principe d'égalité. Le choix d'une conception réelle ou transformative du principe d'égalité entre les sexes est dès lors surtout l'œuvre du législateur, que ce soit à travers la lutte contre les stéréotypes de genre, l'articulation de la vie familiale et professionnelle ou encore l'ouverture du mariage pour les couples homosexuels.

891. **Conclusion du titre I.** La mise en œuvre de l'égalité réelle a donc impliqué que le législateur et les juges prennent en considération la différence des sexes dans sa forme hiérarchique, autrement dit le genre. Les inégalités sociales découlant des rôles de genre, qui étaient auparavant appréhendées hors du droit car considérées comme « naturelles », sont ainsi devenues des considérations que le droit a entrepris d'appréhender et de modifier dans le cadre

égal pour les trimestres liés à l'éducation ou à l'adoption, soit la majoration pour chacun des parents de deux trimestres pour un enfant né ou adopté conjointement, et deux trimestres pour un enfant élevé conjointement. Une évolution similaire a eu lieu s'agissant des droits en matière d'indemnisation du congé d'adoption, prévu au bénéfice du salarié adoptant, les articles L. 331-7 et suivants du Code de la sécurité sociale énonçaient que le congé d'adoption bénéficiait à la « femme assurée », qui peut néanmoins céder tout ou une partie de son droit à indemnisation au père.

³⁰⁵⁹ Voir l'intervention de Catherine Coutelle lors de la séance du 1^{er} février 2013 à l'Assemblée nationale, p. 808 : « Nous voulons l'égalité, l'égalité des sexes dans le mariage, l'égalité des hétérosexuels et des homosexuels. Notre texte est un grand projet d'égalité qui va faire enfin cesser la différenciation ».

de la lutte contre les discriminations. Il a fallu pour cela que les acteurs juridiques admettent la persistance des inégalités de fait entre les femmes et les hommes, pour mieux les remettre en cause, ce qui s'éloigne du projet d'indifférenciation rattaché au principe d'égalité compris dans son sens formel comme exigeant uniquement un traitement identique des individus placés dans des situations similaires. Ce changement de paradigme n'a toutefois pas forcément conduit à la réapparition de la différence des sexes au sein des énoncés juridiques, mais a plutôt mené le législateur et dans une moindre mesure les juges à prendre en compte les différences entre les sexes – et de leur caractère construit – dans la création de la norme et dans ses impacts sociaux. Cette prise en compte a mené le droit à admettre qu'hommes et femmes soient traités différemment, par le biais des actions positives, mais aussi à construire la norme de telle façon à modifier de façon structurelle ces rôles sociaux inégalitaires. De façon inattendue au regard de la construction d'égalité comme exigence d'indifférenciation, le rapport d'égalité à la différence des sexes se révèle donc être aujourd'hui aussi un rapport d'*admission* et non plus uniquement d'*opposition*. Ces deux types de rapports coexistent, dans ce que certains auteurs nomment la conception « holistique » de l'égalité, conduisant les acteurs du droit à adopter une interprétation formelle, substantielle ou transformative de l'égalité des sexes selon la forme de l'inégalité en cause³⁰⁶⁰.

892. Toutefois, il s'agit encore de voir que la différence des sexes peut encore être appréhendée par le droit en dehors de toute considération égalitaire, dans un rapport d'*exclusion*. En admettant certaines différences entre les sexes hors du cadre de l'égalité, le droit tend à les naturaliser. Ces différences participent alors d'une construction juridique sexuée de la personne. De ce point de vue, si les évolutions précédemment décrites montrent que la différence des sexes est appréhendée par le droit, sous l'angle égalitaire, pour remettre en cause le genre comme système hiérarchique à l'origine des inégalités, il apparaît que, simultanément, la différence des sexes est elle-même construite par le droit, avec pour effet contraire de perpétuer le genre comme système de division binaire entre les sexes.

³⁰⁶⁰ TIMMER Alexandra, « Toward an Antistereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 714 : « It is important to stress that the anti-stereotyping approach is not meant to substitute all other approaches to equality and discrimination. Exclusion on the basis of gender can affect both men and women, takes place in many different situations, and may take many different forms. Different methods are therefore required to combat gender exclusion and disadvantage. The three forms of equality (formal, substantial and transformative equality) are all useful, depending on the situation, and must coexist. In order to address all aspects of inequality based on gender, we need a holistic approach ».

Titre II. La préservation d'une construction juridique sexuée de la personne

893. La crainte d'une indifférenciation des sexes qui serait portée au nom du principe d'égalité, souvent exprimée dans le débat public, n'a pas lieu d'être : juridiquement, la différenciation entre les sexes demeure légitime³⁰⁶¹. On peut même considérer que, en tant qu'elle participe de la définition juridique de la personne physique, elle est soustraite à l'application du principe d'égalité. L'égalité des sexes, dont on a démontré qu'elle a largement été construite comme un principe d'indifférenciation dans la seconde moitié du XX^e siècle, n'a toutefois pas conduit à la remise en cause de toutes les distinctions sexuées au sein des énoncés juridiques, surtout celles relatives à la construction juridique de la personne. Il n'existe en effet aucun principe constitutionnel de non-discrimination entre les sexes – entendu comme indifférenciation – qui interdirait au législateur d'opérer une différenciation entre les femmes et les hommes en quelque matière que ce soit. Bien au contraire, le droit procède effectivement à une telle différenciation en matière d'état des personnes, à la fois quant à la détermination de l'identité civile de la personne, c'est-à-dire l'individualisation et l'identification d'une personne au sein de la société grâce à certaines données assignées par l'État telles que le sexe³⁰⁶², mais aussi quant aux règles juridiques relatives à la filiation, qui construisent différemment la filiation paternelle et maternelle. C'est qu'en réalité, la différence des sexes est considérée comme essentielle à la construction même de la personne juridique.

894. La distinction entre les femmes et les hommes quant à l'état «sexué» des personnes relève de l'évidence dans les discours des acteurs juridiques, qu'il s'agisse du législateur, des juges ou encore de la doctrine. Les catégories de sexe sont en effet généralement appréhendées comme des catégories naturelles, biologiques, fondées sur la reproduction sexuée, que le droit ne fait que prendre en compte pour en faire découler des effets juridiques. La différence des sexes serait ainsi «imposée» au droit par la nature³⁰⁶³. Sa préservation par le droit serait nécessaire, pour une partie

³⁰⁶¹ GOGOS-GINTRAND Amélie, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS éditions, 2011, p. 1 : « Le droit opère par distinctions et les personnes se trouvent distinguées, différenciées, en droit ».

³⁰⁶² Nous retiendrons pour les besoins de la démonstration une définition large de la notion d'état des personnes, comme l'« ensemble des éléments qui concourent à identifier et à individualiser chaque personne dans la société (date et lieu de naissance, filiation, nom domicile, situation matrimoniale, etc.) » (CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 9^e édition, 2011, p. 416).

³⁰⁶³ CHEYNET DE BEAUPRÉ Aline, « "Homme et femme, il les créa". Retour sur l'égalité dans le droit de la famille », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1216.

de la doctrine, à la protection de l'espèce humaine et au développement individuel de chaque être humain, la dualité des sexes étant ainsi considérée comme « le fondement notre l'humanité »³⁰⁶⁴.

895. On comprend le rôle du droit dans la production des catégories sexuées car le droit est coextensif à la catégorisation du monde. Le droit procède par catégorisation appliquée au réel, les catégories juridiques pouvant être définies comme des « ensembles de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou toute autre norme attache des conséquences juridiques », dont certaines « appartiennent au champ de l'évidence (la distinction homme/femme) »³⁰⁶⁵. Mais l'opération de catégorisation juridique ou de classification relève bien d'un choix de la part du législateur, d'un choix qui n'est « pas neutre » : en effet, elle « imprime dans les représentations collectives une certaine idée de ce qui est “naturel” ou de ce qu'il est “normal” de faire ou de ne pas faire »³⁰⁶⁶. La référence à la différence biologique et aux différences anatomiques rend ainsi évidente et naturelle la différence entre les sexes et produit en même temps, de façon circulaire, un travail de construction des corps « comme réalité sexuée »³⁰⁶⁷. Or, à travers la classification opérée par le droit de l'état des personnes, le genre fonctionne ainsi comme un « travail de sexuation des corps », « par lequel les corps sont appréhendés et normalisés en tant que corps sexués (féminin ou masculin) »³⁰⁶⁸. La classification n'est donc pas une simple opération neutre du droit : elle a pour effet l'institution même de la personne sexuée.

896. Le droit participe en ce sens à la construction du genre, entendu cette fois-ci non pas comme la hiérarchisation des rôles sociaux entre les femmes et les hommes – dont on a analysé la manière dont le droit tend précisément aujourd'hui à la remettre en cause – mais bien, dans une seconde acception, comme système de production même de la différence binaire entre les sexes qui apparaît dès lors comme naturelle³⁰⁶⁹. Le concept de genre permet en effet de révéler le « caractère arbitraire et conventionnel » de la bicatégorisation sexuée, en mettant en évidence « le

³⁰⁶⁴ BENOS Céline, *Les différences biologiques entre les sexes en droit privé*, Thèse pour le doctorat de droit, 25 novembre 2011, Université de Limoges, p. 39 : « Les différences biologiques entre les sexes sont telles qu'elles permettent aux deux moitiés de l'humanité de se compléter dans le processus de la génération. Il ne s'agit donc pas uniquement d'un mythe ou d'un instinct résistant de l'“homme archaïque”. Cette différenciation physique a une réelle utilité pour l'espèce. Cette utilité va au-delà des seules considérations biologiques. L'empreinte de la dualité des sexes est profondément ancrée dans nos sociétés. À partir de cette dichotomie, notre monde s'est construit sur une structure binaire dans laquelle chaque élément trouve son opposé. Remettre en cause ces différences reviendrait à effacer cette construction philosophique sur laquelle tout repose ».

³⁰⁶⁵ LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, p. 659.

³⁰⁶⁶ LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*, p. 660.

³⁰⁶⁷ BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, Paris, Éditions du Seuil, 1998, p. 23.

³⁰⁶⁸ DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », *Raisons politiques*, n° 18, 2005/2, p. 118.

³⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 119 : « Le concept de genre a donc permis d'interroger cette relation de causalité entre le sexe (naturel) et le genre (social), mais il a aussi progressivement ouvert un vaste champ critique, en montrant que ce que nous considérons comme le “sexe” était lui-même défini, représenté ou considéré via le prisme du genre, c'est-à-dire via le prisme d'un rapport social inégal par lequel les corps sont appréhendés et normalisés en tant que corps sexués (féminin ou masculin) ».

savoir qui organise nos perceptions de nature»³⁰⁷⁰. Le genre en tant qu'objet d'analyse, constitue, selon cette approche, le pouvoir de faire apparaître comme naturelle, « dans l'ordre des choses », la division sexuée, qui se passe dès lors de justification. Or, le droit tend lui-même à naturaliser (et à légitimer par là même) la division binaire entre les sexes en matière d'état des personnes, au moyen de règles impératives quant à l'assignation à une catégorie sexuée et de certains principes, tels que celui d'indisponibilité de l'état des personnes, dont l'objet est de limiter la volonté individuelle qui viendrait remettre en cause la naturalité de la différence des sexes³⁰⁷¹.

897. Une telle légitimation a conduit à ce que, parmi toutes les interrogations lues au prisme du principe d'égalité des sexes, la question de la division sexuée soit restée à part : l'opération de division des sexes n'a jamais en elle-même été soumise au contrôle lié à l'application du principe d'égalité³⁰⁷². La différenciation juridique n'est même pas ici considérée comme une exigence liée à l'application du principe d'égalité entendu dans son sens matériel ou réel – même si certains auteurs prônent l'application de l'égalité « par la différence » au droit de la famille et de la filiation³⁰⁷³. Il n'existe donc aucun contrôle de la légitimité d'une telle différence de traitement, puisque son fondement réputé préjuridique, ancré dans la nature, rend sa légitimité évidente et se passe dès lors de justification. En retour, c'est précisément une telle exclusion du contrôle de cette différence au regard du principe d'égalité qui produit et reproduit l'idée que la différence des sexes repose sur un fondement naturel hors du droit, qu'elle est simplement saisie par le droit, et qu'elle échappe d'autant plus à l'individu. C'est donc bien en omettant d'interroger la prise en compte des différences biologiques entre les sexes au prisme de l'égalité que le droit de la non-discrimination valide, comme l'affirme Katherine Franke, la différenciation entre les sexes dans la construction juridique de la personne³⁰⁷⁴.

³⁰⁷⁰ SCOTT Joan, « Le genre, une catégorie utile d'analyse historique », *Le Genre de l'histoire, Cahiers du GRIF*, Paris, 1988, p. 125-153.

³⁰⁷¹ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Analyse juridique du genre », in ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, HERRERA Carlos Miguel, LECLERC Olivier, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016, p. 120 : « Le principe d'indisponibilité permet de maintenir certaines choses (le corps et l'état, c'est-à-dire : la filiation, le sexe, le nom, etc.) hors d'atteinte de la volonté individuelle ; fondamentalement, l'indisponibilité constitue une limite à la liberté individuelle. Or c'est bien exactement ce qui est en jeu via le concept de genre, qui opère comme un dispositif d'assignation : assignation à des rôles sociaux de sexe, qui emporte à son tour assignation à des identités sexuelles, des normes de comportement, des secteurs de la vie sociale, des fonctions (re)productives... De ces assignations, il peut être extrêmement difficile, voire impossible, de s'affranchir ; en cela, le genre est bien, comme l'indisponibilité, une limite à la liberté individuelle ».

³⁰⁷² FRANKE Katherine, « The central mistake of sex discrimination law : the disaggregation of sex from gender », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, 1995, p. 3.

³⁰⁷³ NEIRINCK Claire, « La dénaturation de l'égalité en droit des personnes », in BIOY Xavier, FAGES Marie-Laure, *Égalité – Parité. Une nouvelle approche de la démocratie ?*, Presses universitaires de Toulouse, 2013, p. 98 : « Si la parité impose l'égalité numérique entre les sexes au sein du couple, soit un homme, une femme, ainsi que la prise en compte de leur rôle différent dans la procréation, refuser la consécration juridique des couples de même sexe n'est ni discriminatoire ni contraire à la parité ».

³⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 2 : « In the name of avoiding "the grossest discrimination" that is "treating things that are different as though they were exactly alike", sexual equality jurisprudence has uncritically accepted the validity of biological sexual difference ».

898. À travers le processus de naturalisation, le genre comme système de bicatégorisation sexuée échappe donc à la qualification de discrimination : les différences biologiques « réelles » entre les sexes sont de ce point de vue hors de portée du contrôle d'égalité, contrairement aux différences de genre « sociales » qui, lorsqu'elles sont constitutives d'inégalités, sont considérées comme illégitimes³⁰⁷⁵. Le droit tend dès lors à préserver la différence des sexes naturelle, biologique, « essentielle », tout en combattant les inégalités sociales entre les sexes³⁰⁷⁶.

899. L'objectif de ce dernier titre est avant tout de saisir la manière dont le droit construit – à travers l'étude des discours juridiques du législateur, des juges, mais aussi de la doctrine – la différenciation entre les sexes comme une évidence exclue du contrôle lié au principe d'égalité, dans les règles impératives relatives à l'état des personnes. L'assignation obligatoire des individus à l'un des deux sexes, féminin ou masculin, dans les règles relatives à l'état civil (chapitre I) est ainsi justifiée – le plus souvent implicitement – par la fonction naturelle de cette bicatégorisation pour l'organisation des règles relatives à la filiation et en particulier à la maternité (chapitre II).

³⁰⁷⁵ FRANKE Katherine, « The central mistake of sex discrimination law : the disaggregation of sex from gender », *op. cit.*, p. 2 : « Antidiscrimination law is founded upon the idea that sex conceived as biological difference is prior to, less normative than, and more real than gender ».

³⁰⁷⁶ BENOS Céline, *Les différences biologiques entre les sexes en droit privé*, *op. cit.*, p. 36.

Chapitre I. La binarité des sexes dans les règles relatives à l'état civil

900. Si l'article 225-1 du Code pénal énonce que «constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement [...] de leur sexe»³⁰⁷⁷, il apparaît que l'assignation à l'un des deux sexes rendue obligatoire par l'interprétation «authentique»³⁰⁷⁸ des règles d'état civil n'est jamais appréhendée comme une distinction discriminatoire. Certes, cette disposition ne s'impose pas au législateur, mais il est tout de même intéressant de souligner que la distinction opérée par les règles d'état civil n'est même pas considérée comme une exception au principe de non-discrimination en raison du sexe, tant elle relève de l'évidence. La différence des sexes dans la constitution de la personne juridique est en effet considérée comme naturelle, préjuridique, fondée sur des caractéristiques biologiques que le droit ne ferait qu'enregistrer. Nul besoin, dès lors, de justifier une telle différenciation au regard des principes d'égalité et de non-discrimination.

901. La construction de la différence des sexes comme évidence naturelle dans le discours des acteurs du droit repose sur l'idée d'une nécessaire «stabilité de l'identité civile»³⁰⁷⁹ des individus, qui serait non seulement indispensable à l'État pour l'identification des personnes présentes sur son territoire, mais aussi à la personne elle-même pour son développement personnel et sa «liberté»³⁰⁸⁰. Comme l'affirme le Conseil d'État dans son rapport de 2018 sur la révision de la loi bioéthique : «Le sexe constitue, en effet, dans notre société, un élément majeur d'identification sociale ; il est un marqueur d'une altérité sexuée avec la mère ou le père, un critère de distinction

³⁰⁷⁷ Précisons toutefois que la loi du 27 mai 2008 définit la discrimination non comme une «distinction» mais comme le «traitement moins favorable» (discrimination directe) ou le «désavantage» (discrimination indirecte) : une telle conception de la discrimination ne saurait *a priori* s'appliquer au processus de classification entre les sexes, qui n'entraîne pas de traitement défavorable ou de désavantage pour l'un ou l'autre sexe.

³⁰⁷⁸ KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 1962, traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 341 : «La voie de l'interprétation authentique, c'est-à-dire de l'interprétation des normes par les organes juridiques qui doivent les appliquer, ne permet pas seulement de réaliser l'une d'entre les possibilités révélées par l'interprétation – à base de connaissance – des normes à appliquer, mais peut également aboutir à la création de normes qui sont tout à fait en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer». L'officier d'état civil et le juge ont autorité juridique pour interpréter les règles d'état civil et peuvent en cela être considérés comme les interprètes authentiques de celles-ci. Nous verrons que d'autres interprétations «non authentiques» des règles d'état civil concluent quant à elles à l'absence d'obligation de rattachement d'un individu au sexe masculin ou féminin à la naissance.

³⁰⁷⁹ GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2000, p. 139 : «La stabilité de l'identité civile répond à une nécessité sociale [...]. La première [raison] est que l'État et, d'une manière générale, les tiers, ont besoin d'être fixés sur la situation juridique de tout participant au commerce juridique. Le second motif qui inspire de nos jours la stabilité de l'identité civile est peut-être moins souvent évoqué. Face à la fragilisation de l'identité civile par un droit désormais plus mouvant, se fait jour un mouvement de contrepoids, fondé sur le constat que le changement trop brutal d'état peut être source de perturbation pour le sentiment d'identité».

³⁰⁸⁰ SUPIOT Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, p. 8.

dans la fratrie, un facteur essentiel dans la vie sexuelle et amoureuse des individus »³⁰⁸¹. Le processus d'assignation à l'un ou l'autre sexe relève ainsi d'un certain « statutisme », qui privilégie l'idée que « l'identité est trop importante pour fluctuer et qu'il en va de l'intérêt de la personne de s'en remettre à l'État, seul garant de la stabilité caractéristique de l'identité »³⁰⁸². L'assignation à une identité sexuée constitue ainsi une « mesure d'ordre public : avoir un état, voulu par l'État dans un souci de connaissance et d'emprise sur les sujets de droit présents sur son territoire »³⁰⁸³. Le dispositif « d'identification » voulu par l'État échappe en ce sens à « l'identité voulue par le sujet » et ce, par le biais de mécanismes juridiques tels que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Celui-ci, invoqué par une partie de la doctrine comme limite à la volonté individuelle³⁰⁸⁴, a « pour objet et pour effet d'emporter la soustraction du corps et/ou de l'état des personnes à l'empire de la volonté »³⁰⁸⁵. Le renvoi à une « vérité du sexe », immuable, fondée sur la nature et la biologie et échappant aux changements du droit s'est dès lors révélé nécessaire à la construction du sexe comme élément de l'état des personnes, stable et échappant à la volonté individuelle.

902. Ce modèle de l'assignation sexuée binaire obligatoire subit cependant aujourd'hui des remises en question, au moins pour deux raisons. D'une part, les fondements tant historiques que biologiques sur lesquels repose en droit la bicatégorisation sexuée font l'objet d'une remise en question : l'idée d'une différence biologique entre deux sexes apparaît de moins en moins pertinente, ce qui rend difficile l'établissement d'une « vérité » de la division binaire entre les sexes que le droit devrait constater. En outre, l'effondrement des bases naturalistes sur lesquelles cette division binaire prétend se fonder a conduit à interroger la fonction d'une telle assignation, à interroger en somme son but légitime, parfois sur le terrain du droit de la non-discrimination. D'autre part, les années 1990 ont vu l'émergence d'une conception de l'identité en termes de droits fondamentaux – en partie sur le fondement de la non-discrimination – et non plus seulement en termes d'identification par l'État³⁰⁸⁶, ce qui a conduit à interroger le dispositif de bicatégorisation obligatoire. Les revendications des personnes transgenres et surtout intersexes ont ainsi révélé le caractère construit de la division binaire entre les sexes. Mais ces voix

³⁰⁸¹ Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 135.

³⁰⁸² BIOY Xavier, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 65, 2006/1, p. 75.

³⁰⁸³ *Ibid.*, p. 79.

³⁰⁸⁴ Voir par exemple, SUPIOT Alain, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, *op. cit.*, p. 58 ; LABRUSSE-RIOU Catherine, « Code civil et Code de la santé publique », *RDSS*, 2008, p. 427 ; FABRE-MAGNAN Muriel, « Le domaine de l'autonomie personnelle », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 31.

³⁰⁸⁵ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Analyse juridique du genre », *op. cit.*, p. 120.

³⁰⁸⁶ BIOY Xavier, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 75.

demeurent malgré tout minoritaires et les évolutions du droit sur cette question sont limitées : le droit maintient encore le genre comme système de bicatégorisation sexuée.

903. Il s'agit dès lors dans ce chapitre d'analyser la manière dont le droit a construit et maintient le système de bicatégorisation sexuée comme une évidence naturelle (section I) qui demeure largement placée hors d'atteinte du droit de la non-discrimination, en dépit des interrogations croissantes quant à la légitimité d'une telle distinction (section II).

Section I. La binarité des sexes, une évidence construite par le droit

904. L'appréhension, hors du terrain de la discrimination, de la distinction entre les sexes dans le cadre de la construction juridique de la personne suppose que la différence des sexes soit considérée comme une évidence naturelle, dont la prise en compte par le droit paraît aller de soi, sans qu'il soit nécessaire de la justifier. Dans le premier chapitre de la présente thèse, il était apparu que les inégalités entre les femmes et les hommes étaient, jusqu'au XX^e siècle, légitimées hors du cadre du principe d'égalité, car elles étaient considérées comme relevant de différences naturelles que le droit ne faisait qu'entériner. Il en va de même de l'assignation par le droit des individus à l'un ou l'autre sexe à la naissance : elle constitue une distinction qui est aujourd'hui tout aussi légitime que l'étaient auparavant les inégalités de traitement entre les femmes et les hommes, puisqu'elle est admise en dehors même de tout contrôle lié à l'application du principe d'égalité.

905. Les règles de l'état civil prévoient que chaque individu est assigné à sa naissance à une identité sexuée, homme ou femme, faisant du sexe le « premier élément d'individualisation entre tous »³⁰⁸⁷. Cette obligation suppose une identification du sexe à la naissance, sur la base de l'observation des organes génitaux externes des individus. Le droit ne fait ainsi *a priori* que retranscrire les données biologiques sexuées qui existeraient hors de toute construction juridique. Mais les caractéristiques biologiques ne permettent pas toujours d'établir une distinction parfaitement binaire de l'humanité en deux sexes, certains individus présentant des situations d'intersexuation, ayant des caractéristiques physiques de l'un et de l'autre sexe. La règle de droit se révèle alors comme « technique de production de la différence des sexes »³⁰⁸⁸, à travers la normalisation de la situation des intersexes. Le fait que la situation des intersexes soit considérée par le droit comme anormale et même pathologique, exigeant une rectification, renforce ainsi l'idée d'une vérité de la différence binaire entre les sexes, seule acceptable.

906. La construction de la « vérité » de la division binaire entre les sexes par le droit apparaît ainsi, d'un côté, par le caractère *obligatoire* de l'assignation juridique à l'un ou l'autre sexe sur le fondement de critères biologiques (I) mais surtout, de l'autre, à travers le processus de normalisation des situations d'intersexuation – à travers la « *rectification* » médicale ou juridique du sexe – permettant de sauvegarder le modèle de la bicatégorisation (II).

³⁰⁸⁷ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, p. 16.

³⁰⁸⁸ CATO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 30.

I. L'assignation obligatoire de l'individu à un sexe masculin ou féminin

907. La constitution d'une réalité sexuée de la personne physique est rendue possible grâce au caractère impératif du rattachement à l'un ou l'autre sexe, qui permet de rendre incontestable la bicatégorisation sexuée des individus (A). Les interprètes des règles de l'état civil se fondent sur des critères biologiques qui attestent le caractère préjuridique de la division binaire entre les sexes. Toutefois, les caractéristiques biologiques retenues par le droit pour définir le sexe ne permettent pas de conclure à une division de l'humanité en deux sexes, de sorte que l'on peut aujourd'hui souligner la part du droit dans la construction de ce qui est perçu comme une réalité biologique (B).

A. L'obligation du rattachement à l'un ou l'autre sexe dans les documents liés à l'identité civile de la personne

908. Le processus d'identification sexuée par l'État effectué dès la naissance est non seulement obligatoire, mais relève d'une logique binaire, à la fois incontestable et réputée épuiser le réel. L'intervention «de l'État français est donc à la fois “active”, en ce qu'elle rend obligatoire l'indication du sexe sur les actes de naissance et “passive”, en ce qu'elle prévoit seulement deux mentions, “sexe féminin” et “sexe masculin” »³⁰⁸⁹.

909. **Une obligation découlant du caractère d'ordre public de l'état des personnes.** Si la notion d'état des personnes n'est définie de manière précise ni par la loi, ni par la jurisprudence, ni par la doctrine³⁰⁹⁰, elle renvoie de façon consensuelle à «l'image juridique de la personne» et évoque l'idée de répartition, de classement, en assignant à chacun «sa place dans la société et, partant, sa condition juridique»³⁰⁹¹. L'état des personnes permet une individualisation des personnes physiques afin de faire découler de leur statut des droits et des obligations spécifiques en matière civile, politique ou sociale. Il constitue ainsi la manifestation première de la fonction de catégorisation inhérente au droit³⁰⁹². La doctrine s'accorde sur le fait que le sexe fait partie de l'état des personnes et qu'il en constitue même un élément objectif, primordial³⁰⁹³ et même

³⁰⁸⁹ REIGNÉ Philippe, «L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil», *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1915.

³⁰⁹⁰ REIGNÉ Philippe, «Sexe, genre et état des personnes», *La semaine juridique Édition générale*, n° 42, 17 octobre 2011, p. 1884 : «L'état des personnes peut être déterminé de manière très étroite, se limitant à la filiation, ou de manière très large, se confondant avec la condition juridique de la personne. Une conception intermédiaire veut que l'état détermine l'identité civile de la personne dans ses éléments essentiels et permanents et coïncide alors plus ou moins avec l'état civil».

³⁰⁹¹ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, op. cit., p. 15.

³⁰⁹² JOUANJAN Olivier, «Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ?», *Jus Politicum*, n° 7, mai 2012, point 2.3 : «Toute loi, presque, toute norme parce qu'elle vise à organiser, réguler ou orienter les comportements sociaux, procède par distinctions et catégorisations».

³⁰⁹³ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, op. cit., p. 16.

« fondamental » pour les juges³⁰⁹⁴ : « En droit positif français, le sexe constitue l'une des composantes essentielles de l'état des personnes, susceptible d'individualiser la personne physique en assurant selon l'expression de Jean Carbonnier, le "partage primordial" »³⁰⁹⁵. L'évidence avec laquelle les auteurs placent le sexe comme élément fondamental de l'état des personnes, à côté d'autres éléments que sont par exemple le nom ou la date de naissance, montre à quel point le sexe est considéré comme un élément objectif – que le droit ne fait que constater – et essentiel de l'identité des individus.

910. Certaines caractéristiques traditionnellement rattachées à l'état des personnes, telles que l'impérativité, l'immutabilité et l'indisponibilité, conduisent à qualifier les règles qui y sont relatives comme des normes d'ordre public, c'est-à-dire des « normes impératives dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leur convention » qui constituent, dès lors, des « limites à la liberté qui fait positivement ressortir les valeurs fondamentales qu'elles protègent contre les abus de la liberté »³⁰⁹⁶. Concernant l'indisponibilité, entendu par certains auteurs comme « l'impossibilité de se dépouiller de tel ou tel élément de son état »³⁰⁹⁷, si ce principe n'est pas prévu par la loi, on a déjà étudié la manière dont la jurisprudence l'avait mobilisé pour s'opposer à la demande de changement de sexe des personnes transsexuelles et à la reconnaissance du rôle de la volonté individuelle dans la détermination du sexe juridique³⁰⁹⁸. Les conclusions du substitut Fabre dans un jugement de 1965 sont, sur ce point, significatives : « Il est un élément de l'état des personnes qui, n'étant pas le résultat d'un procédé conventionnel d'individualisation, mais une donnée naturelle, ne saurait être dénaturé. Cet élément, c'est le sexe »³⁰⁹⁹. S'agissant de l'immutabilité, la doctrine s'accorde sur l'« aspect statique »³¹⁰⁰ de l'état des personnes – même s'il n'est pas figé³¹⁰¹ – l'objectif d'identification par l'État nécessitant en effet une certaine stabilité de l'état des personnes. Le sexe apparaît, de surcroît, pour nombre d'auteurs comme un élément « immuable » et « biologique »³¹⁰². Il revient donc aux règles de l'état des personnes de « fixer » le sexe des individus afin de rendre compte des

³⁰⁹⁴ CA Amiens, 1^{ère} civ., 4 octobre 1976, *JCP*, 1978, IV, p. 317.

³⁰⁹⁵ LE MAIGAT Patrice, « Rencontres du troisième sexe : le juge et l'hermaphrodite ou les incertitudes du genre », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, juin 2016, point 1.

³⁰⁹⁶ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 714.

³⁰⁹⁷ TERRE François, FENOUILLET Dominique, *Droit civil. Les personnes*, Paris, Dalloz, 8^e édition, 2012, p. 147.

³⁰⁹⁸ Cf. partie II, titre I, chapitre II. Voir Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 1975, n° 73-10615.

³⁰⁹⁹ TGI de la Seine, 18 janvier 1965, *JCP*, 1965, II, 14421, conclusions FABRE.

³¹⁰⁰ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, *op. cit.*, p. 15.

³¹⁰¹ TEYSSIE Bernard, *Droit civil. Les personnes*, Paris, Lexis Nexis, 18^e édition, 2016, p. 9 ; TERRE François, FENOUILLET Dominique, *Droit civil. Les personnes*, *op. cit.*, p. 146.

³¹⁰² RAOUL-CORMEIL Gilles, « L'état civil, lieu de mémoire de l'existence sociale de la personne », in PUIGELIER Catherine, SAINT-SERNIN Bertrand, *Le droit à la lumière de Bergson : mémoire et évolution*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2013, p. 153 ; BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, *op. cit.*, p. 17.

différences physiologiques entre les sexes, qui elles-mêmes déterminent le rôle de genre des individus. Pour une partie de la doctrine, le « vrai » sexe est immuable, dans le sens où même un changement de sexe juridique opéré par les transsexuels ne modifie pas le sexe génétique et le sexe anatomique : les interventions pratiquées sur les transsexuels « ne peuvent guère produire que l'apparence d'un changement de sexe. Or l'apparence n'est pas l'appartenance »³¹⁰³.

911. L'inscription de l'état des personnes sur les registres de l'état civil va permettre de matérialiser ce caractère permanent et stable de l'état. L'acte de naissance doit impérativement mentionner³¹⁰⁴, aux termes de l'article 57 du Code civil³¹⁰⁵, le sexe de l'enfant, dans le but d'informer l'État et les tiers de l'identité sexuée de celui-ci³¹⁰⁶. Les actes d'état civil ont donc une fonction probatoire ; or, la preuve, entendue dans un sens large, renvoie dans le langage juridique commun à « l'établissement de la réalité d'un fait ou de l'existence d'un acte juridique »³¹⁰⁷. L'état des personnes serait lié à ce titre à un « principe de vérité », en reflétant la réalité, notamment biologique³¹⁰⁸. L'acte de naissance, mais aussi les documents d'identité qui portent la mention du sexe, servent à prouver le « véritable » sexe de l'individu, comme l'affirme le juge civil : « La mention du sexe portée dans l'acte d'état civil, sur les indications fournies par le déclarant, jouit d'une *présomption de vérité* qui la rend opposable à tous jusqu'à preuve du contraire »³¹⁰⁹. Le sexe est, par conséquent, considéré, au même titre que la date et le lieu de naissance, comme l'une des « trois vérités historiques qui résistent à toute manipulation extérieure »³¹¹⁰. Le caractère *obligatoire* de la mention du sexe à l'état civil, affirmé par les juges³¹¹¹, participe ainsi à l'idée d'une réalité de la différence des sexes extérieure au droit³¹¹². La différence des sexes est de surcroît conçue comme une division binaire au regard de l'interprétation des règles de l'état civil fournie par le pouvoir exécutif, les juges et une partie de la doctrine.

³¹⁰³ TERRE François, FENOUILLET Dominique, *Droit civil. Les personnes, op. cit.*, p. 147.

³¹⁰⁴ Cette obligation est apparue avec la « laïcisation de l'état civil » par un décret de 1792 (article 7 du titre III du décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens), le clergé chargé auparavant des registres d'état civil n'exigeant pas l'identification des personnes en fonction de leur sexe (LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes du sexe », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 20).

³¹⁰⁵ Article 57 du Code civil : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille [...] ».

³¹⁰⁶ RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, Sirey, 1984, p. 662.

³¹⁰⁷ GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2014, p. 773.

³¹⁰⁸ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique, op. cit.*, p. 520.

³¹⁰⁹ TGI de la Seine, 18 janvier 1965, *JCP*, 1965, II, 14421, conclusions FABRE ; TGI de Saint-Étienne, 26 mars 1980, *Recueil Dalloz*, 1981, p. 271 (nous soulignons).

³¹¹⁰ CARBONNIER Jean, *Droit civil, tome 1. Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, p. 502.

³¹¹¹ TGI de Dijon, 2 mai 1977, *Gazette du palais*, 1977, II, p. 577 ; CA Paris, 27 janvier 2011, *JCP*, 2011, p. 280, note Philippe Reigné : « L'acte de naissance doit obligatoirement aux termes de l'article 57 du Code civil, mentionner le sexe de l'intéressé ».

³¹¹² GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015, point 4.

912. **L'assignation au sexe masculin ou féminin.** L'état civil et en particulier l'acte de naissance, apparaît comme « l'instrument permettant d'instaurer la différence des sexes et de la maintenir tout au long de la vie d'une personne »³¹¹³. Mais si les règles d'état civil prévoient l'assignation à un sexe, force est de constater que la lettre de l'article 57 du Code civil relatif à l'acte de naissance ne prévoit explicitement qu'il n'y ait que deux sexes, féminin et masculin³¹¹⁴. Certes, plusieurs dispositions législatives renvoient à la binarité des sexes, en mentionnant « l'un ou l'autre sexe »³¹¹⁵. Mais c'est bien l'interprétation des règles de l'état civil par la jurisprudence, l'exécutif – sans oublier le rôle de la doctrine dans la construction d'une vérité de la division binaire – qui va établir explicitement l'existence de deux catégories sexuées exclusives. Le juge civil a ainsi affirmé, dans des affaires relatives au changement de sexe de personnes transsexuelles, que « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes, masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »³¹¹⁶.

913. Le pouvoir exécutif a réitéré la règle de l'alternative entre le sexe féminin ou masculin sur l'acte de naissance et les documents d'identité, à travers son pouvoir d'interprétation des lois par l'adoption de circulaires. Une circulaire du 10 janvier 2000 dispose ainsi explicitement que « le sexe qui est mentionné sur l'acte de naissance (article 57 du code civil) doit être indiqué par la lettre M (masculin) ou F (féminin) »³¹¹⁷. L'exécutif décourage qui plus est la reconnaissance d'une autre catégorie de sexe que celle de masculin ou de féminin. Une circulaire datant de 1970 et reprise en 2011 indique en ce sens qu'il convient d'éviter de porter la mention « sexe indéterminé » dans l'acte de naissance lorsque le sexe du nouveau-né est incertain : « Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable »³¹¹⁸. Comme le font remarquer certains auteurs, cette circulaire ne fait que préconiser d'éviter de porter la mention « sexe indéterminé » « sans l'interdire

³¹¹³ GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *op. cit.*, point 2.

³¹¹⁴ RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit », *op. cit.*, p. 660.

³¹¹⁵ Article 388, alinéa 1 du Code civil ; article 980 du Code civil ; article 255 du Code de procédure pénale ; article L. 1142-2 du Code du travail ; article L. 311-2 du Code de la sécurité sociale ; article L. 131-1 du Code de l'éducation ; article 1323-1 du Code de la défense ; article 6112-1 du Code du travail (LE COTTY Rachel, Rapport n° Q1617189 (Cass. 1^{ère} civ., du 4 mai 2017), p. 5 et s).

³¹¹⁶ CA Paris, 18 janvier 1974, *Recueil Dalloz*, 1974, p. 196 ; *RTD civ.*, 1974, p. 801, obs. NERSON : « En Droit, tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance » ; voir aussi TGI Dijon, 2 mai 1977, *Gazette du Palais*, 1977, 2, p. 577 ; TGI Saint-Étienne, 11 juillet 1979, *Recueil Dalloz*, 1981, p. 270.

³¹¹⁷ Circulaire du 10 janvier 2000 du ministre de l'Intérieur relative à l'instruction générale ayant pour objet de faire la synthèse de la réglementation applicable en matière de délivrance et de renouvellement de la carte nationale d'identité instituée par le décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 modifié, point 49.

³¹¹⁸ Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C, point 55.

expressément»³¹¹⁹ ; il ne pourrait en être autrement, en toute hypothèse, pour une circulaire qui ne saurait être qu'interprétative³¹²⁰. Mais l'existence de ces circulaires contribue en elle-même à faire exister la distinction binaire et à maintenir ainsi la bicatégorisation comme processus normal de la part des autorités chargées de dresser les actes d'état civil.

914. La doctrine, notamment civiliste s'accorde également majoritairement sur la certitude de la binarité des sexes et la nécessité, pour les actes d'état civil, de retranscrire cette bicatégorisation sexuée des individus. Philippe Reigné recense ainsi certains passages éloquentes d'études doctrinales présentant « le sexe comme la *summa divisio* des personnes, clef de répartition du genre humain entre les femmes et les hommes : le sexe est le “partage primordial”, l’“altérité primordiale”, la marque de la coexistence de “deux états premiers”, la différence originelle, que Dieu ou la nature impose aux hommes et que l'on ne peut transgresser sous peine de “faire vaciller les bases sur lesquelles repose la société” »³¹²¹. Les auteurs se réfèrent le plus souvent à la réalité biologique sexuée qui divise l'humanité en homme et en femme³¹²². Le renvoi à la « nature » permet de rendre cette différence incontestable : « le sexe, constaté dans les actes de l'état civil, achève d'identifier [la personne physique], en l[']a classant d'emblée d'un côté ou de l'autre de la dichotomie opérée par la nature »³¹²³. Ils emploient également le registre de l'évidence et du savoir commun : « Tout le monde voit clairement que l'homme et la femme ne sont pas faits de la même façon. Le Petit Robert dit du sexe qu'il s'agit d'une “conformation particulière qui distingue l'homme et la femme en leur assignant un rôle déterminé dans la génération et en leur conférant certains caractères distinctifs. L'humanité se compose d'hommes et de femmes” »³¹²⁴. C'est cette même évidence qui conduit certains auteurs à affirmer que la bipartition existe de façon « implicite » à l'article 57 du Code civil³¹²⁵. L'acte de naissance reflèterait, selon cette conception, la réalité sexuée et se bornerait à retranscrire des faits biologiques.

915. Ces interprétations de l'article 57 du Code civil, concluant à la nécessaire bicatégorisation sexuée des individus par les règles d'état civil, agissent sur la manière dont le destinataire de la

³¹¹⁹ VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1399.

³¹²⁰ MORON-PUECH Benjamin, « Rejet du sexe neutre : une “mutilation juridique” ? », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1404.

³¹²¹ REIGNÉ Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », *op. cit.*, p. 1884.

³¹²² DEBET Anne, « Le sexe et la personne », *Petites affiches*, n° 131, 1er juillet 2004, p. 21 : « Le sexe est traditionnellement l'un des éléments essentiels de l'état de la personne, de ses qualités permanentes. Il correspond à une réalité biologique prise en compte à la naissance par le droit et permet la distinction des hommes et des femmes ».

³¹²³ CARBONNIER Jean, *Droit civil, tome 1. Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, réédition, 2017, p. 419.

³¹²⁴ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, *op. cit.*, p. 15. CARBONNIER Jean, *Droit civil, tome 1. Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, p. 497 : « Adam et Ève, l'homme et la femme, le masculin et le féminin – le sexe opère un classement binaire dans les populations [...]. Le nom, le domicile, les actes de l'état civil dépendent des recherches, des justifications, des papiers : chaque être humain, à l'opposé, porte en lui, dans la vie quotidienne, qu'il est un homme ou une femme ».

³¹²⁵ LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes du sexe », *op. cit.*, p. 20.

norme, l'officier d'état civil, va dresser l'acte de naissance. Celui-ci ne constate certes plus personnellement l'appartenance de l'enfant au sexe masculin ou féminin – comme c'était le cas au XIX^e où l'enfant devait être « présenté » physiquement par les parents à l'officier d'état civil³¹²⁶ – et se contente désormais d'enregistrer la déclaration³¹²⁷. Il revient donc en pratique aux médecins de reconnaître le sexe de l'enfant, en se référant aux organes sexuels apparents de l'enfant³¹²⁸. L'exigence d'une déclaration « dans les trois jours suivants l'accouchement »³¹²⁹ renforce de plus l'idée que la détermination du sexe doit s'effectuer rapidement au regard des organes sexuels apparents, afin le cas échéant « d'instituer la fiction »³¹³⁰ que l'individu appartient nécessairement à l'un ou l'autre sexe dès la naissance.

916. Une telle exigence de bicatégorisation sur le fondement de critères biologiques se heurte toutefois à la récurrence de difficultés pour établir une définition biologique du sexe purement binaire. Or, plutôt que de les traduire, le droit choisit de les gommer en « forçant » l'imposition de la bicatégorisation à des situations incertaines, exposées à des variations. L'évolution des critères de définition du sexe retenus au cours des décennies révèle ainsi le rôle du droit dans la construction de la bicatégorisation sexuée.

B. L'interprétation des critères biologiques du sexe par les acteurs juridiques comme instaurant une binarité

917. La loi ne définit pas le sexe, dans le sens où le législateur ne prévoit pas les critères servant à catégoriser les individus en hommes ou en femmes. Ce silence du législateur repose sur l'idée qu'il revient à la biologie et non au droit de définir le sexe : « Aux Sciences de l'homme de dire en quoi il consiste et au Droit d'entériner leurs révélations »³¹³¹. La notion de « sexe » serait ainsi, selon cette conception, hors du domaine juridique et, en procédant à la bicatégorisation, le droit ne ferait qu'entériner la réalité biologique de sexe³¹³².

³¹²⁶ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 30.

³¹²⁷ DEBET Anne, « Le sexe et la personne », *op. cit.*, p. 21.

³¹²⁸ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 31.

³¹²⁹ Article 55 du Code civil : « Les déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu ».

³¹³⁰ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 32.

³¹³¹ RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit », *op. cit.*, p. 655.

³¹³² TGI Saint-Étienne, 11 juillet 1979, *Recueil Dalloz*, 1981, p. 270. Comme l'affirme le procureur général Beaudoin en 1903 : « La science n'admet jamais que deux sexes, le masculin et le féminin, que tout être humain doit être rangé dans l'un d'eux et que les récits qui tendraient à établir l'existence d'hermaphrodites humains, c'est-à-dire des êtres réunissant en eux les organes des deux sexes avec les facultés qui les caractérisent sont, depuis longtemps, relégués dans le domaine de la fable. C'est cette division absolue en deux sexes, et rien qu'en deux sexes, qu'admettent les législateurs » (obs. BEAUDOIN (Cass. civ., 6 avril 1903), *Recueil Dalloz*, 1904, p. 397).

918. Les juges ont néanmoins dû faire des choix quant aux critères biologiques les plus pertinents pour définir les catégories sexuées, ce qui permet d'établir le caractère construit de la division binaire (1). Toutefois, dans le domaine de la biologie et de la médecine, la dimension binaire de la division sexuée est de plus en plus remise en question, en raison de la prise en compte croissante de l'intersexuation. En continuant d'imposer la bicatégorisation sexuée par les règles d'état civil, le droit procède à la construction d'une réalité dont les fondements biologiques sont eux-mêmes sapés, ce qui révèle d'autant plus le caractère artificiel d'une telle bicatégorisation, dont la pertinence apparaît aujourd'hui contestée³¹³³ (2).

1) La construction d'une bicatégorisation par le droit fondée sur des critères biologiques

919. En l'absence de définition du sexe par le législateur, c'est au juge qu'est revenue cette tâche dans des affaires relatives au transsexualisme ou à l'intersexuation, par le renvoi aux composantes biologiques du sexe considérées comme des éléments « objectifs »³¹³⁴. Il n'existe toutefois pas un mais plusieurs critères biologiques permettant de définir le sexe, ce qui a conduit les juges à procéder à des choix et à des simplifications lors de cette entreprise.

920. **Différentes composantes du sexe biologique.** D'un point de vue biologique et médical, le sexe est « une notion complexe aux composantes diverses – génétique, anatomique, hormonal et psychologique » et « la plupart du temps, ces différents éléments coïncident pour composer un homme ou une femme homogène »³¹³⁵. Ces différentes composantes correspondent aux étapes successives de la sexuation de l'être humain, qui résulte d'un processus complexe en cascade, la composante génétique influençant les composantes anatomique et hormonale³¹³⁶ : « La détermination du sexe durant l'embryogenèse se fait en trois phases principales : entre la première et la sixième semaine le système génital est indifférencié ; entre la septième et la neuvième semaine a lieu la différenciation sexuée génétique, qui permet le développement des gonades (ovaires et testicules) ; enfin, à partir de la dixième semaine a lieu la différenciation sexuée hormonale qui aboutit à la mise en place de l'ensemble des organes génitaux »³¹³⁷. Sur le plan génétique, la différenciation sexuée s'observe à travers l'analyse du caryotype – ou formule

³¹³³ RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit », *op. cit.*, p. 661 : « Vouloir à tout prix répartir tous les hommes en deux catégories et deux seulement alors que cela est en complète contradiction avec la nature est totalement artificiel et constitue la négation du fait humain par le Droit ».

³¹³⁴ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, *op. cit.*, p. 455.

³¹³⁵ RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit », *op. cit.*, p. 656.

³¹³⁶ JOUANNET Pierre, « Développement et fonction des organes génitaux », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2015, p. 74.

³¹³⁷ WIELS Joëlle, « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, *op. cit.*, p. 48.

chromosomique – avec la présence de deux chromosomes sexuels identiques pour les femmes (XX) et deux chromosomes sexuels différents pour les hommes (XY)³¹³⁸ ; cette différenciation « chromosomique » est déterminée par l'existence de gènes spécifiques conditionnant le développement des chromosomes sexuels et des gonades, les recherches scientifiques du XX^e siècle ayant mis en évidence le gène « TDF » (*Testis Determining Factor*) permettant de constituer le chromosome Y et de déterminer les testicules³¹³⁹. La différenciation sexuée au niveau génétique détermine donc *a priori* le sexe anatomique, à savoir les organes sexuels internes – les gonades (ovaires et testicules) à l'origine de la fabrication des gamètes (ovules et spermatozoïdes) – dans lesquels sont produites les cellules endocrines, soit le sexe « hormonal » (œstrogènes et progestérones pour les hormones femelles et testostérones pour les hormones mâles). Ce n'est donc qu'au dernier stade qu'est constitué le sexe morphologique ou phénotypique caractérisé par les organes génitaux externes, distingués par le vagin, le clitoris, les petites lèvres et les grandes lèvres chez les femmes et par le pénis et le scrotum chez les hommes.

921. Dans un sens biologique, la notion de sexe désigne donc ce phénomène complexe de sexuation, qui est lui-même lié à la fonction de procréation de l'être humain³¹⁴⁰. La procréation repose en effet directement sur la différenciation entre les sexes, puisqu'elle est issue de la méiose, c'est-à-dire d'« un mode de division des cellules qui permet à certaines (les cellules germinales) de diviser leur stock de chromosomes par deux et de produire ainsi des gamètes : ovules chez les femelles et spermatozoïdes chez les mâles. Lors de la procréation, ces gamètes fusionnent pour donner un œuf (ou zygote) qui contient donc des lots d'informations génétiques provenant de chaque parent »³¹⁴¹. Les notions de « sexe », de « sexuation » et de « différence des sexes » sont donc essentielles en biologie pour rendre compte du mode spécifique de « multiplication » de l'être humain qu'est la procréation ou méiose et qui s'oppose, dans l'évolution, à la multiplication du vivant « hors sexe » par mitose ou reproduction³¹⁴². Ainsi, « les

³¹³⁸ WIELS Joëlle, « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », *op. cit.*, p. 49 : « Il a fallu toutefois attendre 1956 pour que soit définitivement établi que les cellules humaines possèdent 46 chromosomes avec des formules chromosomiques (ou caryotypes) 46, XX pour les femelles et 46, XY pour les mâles ».

³¹³⁹ WIELS Joëlle, « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », *op. cit.*, p. 50 et s. Le schéma de la différenciation sexuée génétique a, de ce point de vue, été construit par les scientifiques comme centré sur la détermination du sexe masculin, le gène lié au chromosome Y étant considéré comme le facteur déterminant de cette différenciation. Le sexe féminin a longtemps été considéré comme étant déterminé « par défaut », autrement dit en l'absence de chromosome Y, ce qui révèle, selon certains auteurs, l'influence des stéréotypes de genre sur la recherche scientifique, bien que cette dernière s'oriente depuis le XXI^e siècle vers l'étude du gène responsable de la détermination de l'ovaire.

³¹⁴⁰ JOUANNET Pierre, « Développement et fonction des organes génitaux », *op. cit.*, p. 65.

³¹⁴¹ WIELS Joëlle, « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », *op. cit.*, p. 43.

³¹⁴² PEYRE Evelyne, « L'histoire du sexe ou le roman de la vie », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, *op. cit.*, p. 27 et s.

auteur-e-s dans leur ensemble reconnaissent – s’il en était besoin – que le corps et la sexuation existent et maintiennent le sexe comme une catégorie nécessaire à la description et à l’analyse »³¹⁴³.

922. La notion biologique de « sexe » renvoie, par conséquent, au phénomène de sexuation, notamment de l’être humain, et regroupe dès lors les différentes étapes de ce processus correspondant aux multiples composantes du sexe. Or, si les juges ont choisi de renvoyer à une acception biologique de la différence des sexes pour définir juridiquement les catégories de sexe, afin de fonder une « vérité » du sexe qui existerait hors du droit, la complexité de la notion biologique de sexe n’est pas toujours retranscrite dans la définition juridique du sexe. Tout comme la biologie a évolué sur la définition du sexe, les juges ont modifié leur conception du sexe selon les époques, en construisant progressivement leur propre conception du sexe biologique.

923. **Le rôle du juge dans le choix des critères de définition du sexe.** Les critères retenus en droit pour distinguer les catégories « homme » et « femme » ont été dégagés par les juridictions au XIX^e et XX^e siècle : « Le silence des textes contraignit les tribunaux à définir le sexe lorsqu’ils furent confrontés à l’intersexuation et à la transidentité »³¹⁴⁴. Les juges se sont dès lors fondés sur les caractéristiques biologiques du sexe afin de fonder dans la nature, par la recherche de « critères infailibles »³¹⁴⁵, la bicatégorisation sexuée. Cette « quête de la nature »³¹⁴⁶ et du « vrai sexe »³¹⁴⁷ les a toutefois conduits à faire évoluer la définition du sexe.

924. Les juges ont dans un premier temps réduit le sexe à l’une de ses caractéristiques biologiques, ne prenant ainsi pas en compte la complexité de la notion biologique de sexe. Dans des affaires où l’un des époux présentait une ambiguïté quant à l’appartenance au sexe féminin du fait de l’absence d’organes génitaux internes ou externes distinctifs, mettant en péril la différence des sexes nécessaire à la validité du mariage, les juges « se sont [toutefois] trouvés en complet désaccord »³¹⁴⁸. Certains tribunaux ont d’un côté jugé que l’absence d’« organes naturels, essentiels, constitutifs du sexe », à savoir l’absence d’organes génitaux externes et internes,

³¹⁴³ PLANTÉ Christine, « Pour ne pas conclure », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, op. cit., p. 326.

³¹⁴⁴ REIGNÉ Philippe, « La notion juridique de sexe », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, op. cit., p. 304.

³¹⁴⁵ DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime », op. cit., p. 123.

³¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 126.

³¹⁴⁷ FOUCAULT Michel, « Le vrai sexe », 1980, in *Dits et écrits*, Tome IV, 1994, n° 287 : « Avons-nous besoin d’un vrai sexe ? Avec une constance qui touche l’entêtement, les sociétés de l’Occident moderne ont répondu par l’affirmative ».

³¹⁴⁸ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l’état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, op. cit., p. 459.

empêchait la procréation – fondement du mariage³¹⁴⁹ – et justifiait l’annulation de celui-ci³¹⁵⁰. La justification ne tient pas tant ici à l’identité des sexes – puisque l’épouse n’est pas non plus rattachée au sexe masculin – mais bien au fait que l’épouse soit incapable de procréer. Cela souligne l’importance des organes génitaux internes et externes, nécessaires à la procréation, dans la définition du sexe³¹⁵¹. Le caractère intrusif des expertises commandées par les juges montre du reste « jusqu’où sont capables d’aller les juges en exigeant de pénétrer les corps pour y aller chercher la trace d’un “vrai” sexe »³¹⁵². D’autres juridictions ont à l’inverse estimé que l’appartenance au sexe féminin ne pouvait se réduire à l’accomplissement de la fonction procréative, rejetant ainsi dans des cas similaires les demandes d’annulation du mariage³¹⁵³. Mais ces décisions se contentent simplement de refuser la procréation comme condition du mariage et n’établissent pas pour autant de manière positive les critères de définition du sexe.

925. Avec un arrêt de la Cour de cassation de 1903, ce sont les organes génitaux apparents – c’est-à-dire externes, le sexe morphologique ou phénotypique – qui sont retenus comme critère pour distinguer les catégories du masculin et du féminin. La Cour de cassation admet la validité du mariage en affirmant, d’une part, que celui-ci est soumis « à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et qu’il diffère de l’autre conjoint » et, d’autre part, que la personne qui « présente toutes les apparences du sexe féminin » tout en étant « dépourvue d’organes génitaux internes » est considérée comme une femme³¹⁵⁴. Pour le procureur général, « l’absence des organes, même les plus essentiels à la génération, ne modifie pas l’état civil d’un individu : il appartient à l’un ou l’autre sexe »³¹⁵⁵. Le choix du critère de l’apparence externe du sexe peut s’expliquer par la volonté des juges de « limiter les cas de nullité du mariage afin d’éviter

³¹⁴⁹ CA Douai, 14 mai 1901, *Sirey*, 1901, 2, p. 303 : Le Code civil considère « le mariage comme une union sexuelle ayant pour but primordial et prépondérant la fondation d’une famille » ; Trib. civ. Alais, 28 janvier 1873, *Recueil Dalloz*, 1882, 3, p. 72.

³¹⁵⁰ CA Montpellier, 8 mai 1872, *Recueil Dalloz*, 1872, 2, p. 48 ; Trib. civ. Alais, 28 janvier 1873, *Recueil Dalloz*, 1882, 3, p. 71 ; CA Douai, 14 mai 1901, *Sirey*, 1901, 2, p. 303 : « Attendu que la dame G. n’ayant, de l’avis des médecins, ni vagin, ni ovaires, ni matrice, est dénuée des organes constituant le sexe féminin, bien qu’elle possède des seins, la conformation du bassin et le clitoris qui sont l’apanage externe de ce sexe ; qu’en réalité elle n’est pas une femme mais une personnalité incomplète, avec laquelle la loi n’a jamais pu vouloir imposer l’union à un homme [...] ; attendu que du point de vue de la morale et des mœurs, le législateur n’a jamais pu vouloir et prescrire le maintien d’une union dans laquelle il ne pourrait exister que des relations immorales ou même contre-nature entre les époux ».

³¹⁵¹ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l’état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, *op. cit.*, p. 459.

³¹⁵² CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l’état civil », *op. cit.*, p. 43.

³¹⁵³ CA Caen, 23 mars 1882, *Recueil Dalloz*, 1882, 2, p. 156 : « La femme ne peut être rabaissée au point de ne la considérer que comme un appareil sexuel et de ne voir en elle qu’une organisation propre à faire des enfants et à satisfaire les passions du mari ; que la possibilité de la procréation d’enfants et d’une cohabitation charnelle n’est pas absolument essentielle à l’existence du mariage ».

³¹⁵⁴ Cass. civ., 6 avril 1903, *Recueil Dalloz*, 1904, p. 395. Dans cette affaire, les juges du fond avaient au contraire fait droit à la demande d’annulation d’un mariage d’un mari au motif que son épouse n’était pas une femme – l’expertise ayant révélé que, bien qu’elle ait des seins et un clitoris, elle était dépourvue de vagin, d’ovaires et de matrice, ce qui l’empêchait de procréer.

³¹⁵⁵ Conclusions du procureur général BEAUDOIN (Cass. civ., 6 avril 1903), *Recueil Dalloz*, 1904, p. 398. De plus, selon lui, la procréation n’est pas « la fin unique ni même la fin essentielle » du mariage, adoptant la définition de Pothier qualifiant le mariage d’« union des esprits et de leurs volontés ».

d'affaiblir cette institution» en retenant «des catégories de sexe suffisamment larges pour sauvegarder la binarité»³¹⁵⁶. En outre, en retenant une définition large de la notion de sexe, la Cour facilite également la reconnaissance de deux sexes bien distincts avec des régimes juridiques différenciés, comme le rappelle le procureur Beaudoin³¹⁵⁷, et sert ainsi à maintenir les inégalités juridiques encore nombreuses à l'époque entre les femmes et les hommes.

926. Néanmoins, au XX^e siècle, la faculté de pouvoir modifier l'apparence externe de son sexe, associée à la demande croissante de changement de sexe des transsexuels, a conduit les juges à retenir une autre composante biologique du sexe comme critère de définition pertinent. La définition du sexe juridique comme sexe chromosomique – rendue possible grâce aux découvertes scientifiques du début du XX^e siècle³¹⁵⁸ – a ainsi été mobilisée par les tribunaux pour faire obstacle aux demandes de changement de sexe : « Puisque l'état des personnes doit être intangible et que les chromosomes ne sont pas à la portée des individus, les juges ont assimilé le sexe à ce nouveau critère afin d'empêcher les trans d'en changer »³¹⁵⁹. Le critère de « l'identité chromosomique » est en effet retenu par les tribunaux en 1965³¹⁶⁰ – mis en évidence par deux examens chromosomiques à partir de 1974³¹⁶¹ – et confirmé par la Cour de cassation à la fin des années 1980³¹⁶². Dès lors, « même une conversion sexuelle complète, impliquant une hormonothérapie et une ou plusieurs interventions chirurgicales ne permettait pas d'acquiescer tous les caractères du sexe opposé et par conséquent d'obtenir changement d'état civil »³¹⁶³. Les transsexuels ne font qu'adopter « l'apparence » de l'autre sexe, sans modifier le vrai sexe qui demeure le sexe chromosomique³¹⁶⁴. La dimension subversive du transsexualisme, mettant en péril l'intangibilité de la bicatégorisation sexuée, a ainsi été suffisamment importante pour

³¹⁵⁶ REIGNÉ Philippe, « La notion juridique de sexe », *op. cit.*, p. 306.

³¹⁵⁷ Conclusions du procureur général BEAUDOIN précitées, p. 399 : « Le mot femme que la loi emploie a un sens juridique précis et déterminé : il comporte un ensemble de droits et de devoirs mesuré par les textes eux-mêmes et qui est la conséquence légale d'un état de fait. Vous avez donc le droit de vous assurer que cette qualification est justement ou inexactement appliquée à l'être humain auquel on le concède ou le conteste ».

³¹⁵⁸ REIGNÉ Philippe, « La notion juridique de sexe », *op. cit.*, p. 310.

³¹⁵⁹ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 45.

³¹⁶⁰ TGI Seine, 18 janvier 1965, *JCP*, II, 14421. Dans cette affaire, un individu, déclaré homme à la naissance, avait subi une opération de conversion sexuelle à l'étranger et faisait part de sa conviction inébranlable d'appartenir au sexe féminin. Pour le juge, l'opération a eu « pour effet de dénaturer le sexe normal et primitif d'un individu sans lui conférer pour autant véritablement le sexe opposé » ; CA Paris, 24 février 1978, *JCP*, 1978, 19202, Obs. PENNEAU : « Le second expert, éminent spécialiste de la génétique, expose que « les prélèvements qu'il a pratiqués n'ont mis en évidence que des cellules de caryotype XX, correspondant à une constitution chromosomique féminine de type normal ; que la recherche systématique du chromosome Y a été négative » [...]. Il en résultait très directement – la réalité juridique représentée par le sexe de l'individu étant, en la matière, indissolublement liée à sa réalité biologique – que l'action en réclamation d'état de R. n'avait pas d'objet ».

³¹⁶¹ CA Paris, 18 janvier 1974, *Recueil Dalloz*, 1974, p. 196 ; *RTD Civ.*, 1974, obs. NERSON, p. 802.

³¹⁶² Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1988, *Bull. civ.* I, n° 176, p. 122 ; 10 mai 1989, n° 87-17111, *Bull. civ.* I, n° 189 ; 18 décembre 1990, n° 88-10865.

³¹⁶³ REIGNÉ Philippe, « La notion juridique de sexe », *op. cit.*, p. 306.

³¹⁶⁴ LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*, p. 665.

conduire les tribunaux à changer leur définition du sexe et à faire le choix d'une composante inaccessible, hors d'atteinte de la volonté individuelle : le sexe chromosomique.

927. Même après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en 1992 dans l'affaire *Botella*, qui conduit à admettre au nom du droit au respect de la vie privée le changement d'état civil des personnes transsexuelles³¹⁶⁵, l'idée du sexe chromosomique comme « vrai » sexe ne disparaît pas des décisions des juges français. L'une des conditions posées par les juges pour admettre le changement d'état civil, à savoir l'adoption par le transsexuel d'une apparence physique le rapprochant du sexe qu'il revendique³¹⁶⁶, montre que la Cour de cassation n'a pas remis en cause la définition juridique du sexe : elle ne dit pas que le transsexuel *est* du sexe qu'il revendique, mais qu'il a une *apparence* physique qui le *rapproche* de l'autre sexe³¹⁶⁷. Cette précision montre que, pour les juges, le « vrai » sexe demeure le sexe chromosomique, intangible, qui ne peut jamais être modifié ; on accorde simplement une « faveur » aux personnes transsexuelles en admettant que leur sexe juridique soit modifié de manière fictive.

928. Cela étant, avec l'arrêt *Goodwin* de 2002, la Cour européenne revient sur la conception étroite du sexe en affirmant que celui-ci ne saurait être réduit au seul sexe chromosomique³¹⁶⁸. Dans certains cas, les juges français retiennent eux-mêmes une définition plus complexe du sexe – et non plus par référence à un critère unique – en accordant dès les années 1970 de l'importance aux autres composantes biologiques du sexe – morphologique, anatomique et hormonale – mais aussi à la composante psychologique et sociale³¹⁶⁹. Pour qu'un individu soit juridiquement considéré comme étant de sexe masculin ou féminin, encore faut-il toutefois que ces différents éléments coïncident – en dehors de la question du sexe chromosomique. La concordance entre les différentes composantes opère de manière à préserver la vérité de la binarité des sexes, un individu ne pouvant être à la fois un homme et une femme. En d'autres termes, la « mutation du système catégoriel », par l'évolution des critères de définition du sexe pris en compte par le droit, permet d'assurer la perpétuation du genre comme système de

³¹⁶⁵ CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, n° 13343/96.

³¹⁶⁶ Cass. Assemblée plénière, 11 décembre 1992, n° 91-11900.

³¹⁶⁷ LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*, p. 669.

³¹⁶⁸ La Cour appelle, en effet, à admettre la pertinence du sexe morphologique, anatomique et psychologique lors de l'examen des demandes de changement de sexe : « Il n'est pas évident que l'élément chromosomique doive inévitablement constituer, à l'exclusion de tout autre, le critère déterminant aux fins de l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux transsexuels » (CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28/95795, point 82).

³¹⁶⁹ TGI de Dijon, 2 mai 1977, *Gazette du Palais*, 1977, 2, p. 577 : « La configuration anatomique créée par les opérations étant irréversible et le "sexe psychique" étant fixé dans le sens féminin depuis de nombreuses il y a lieu de modifier l'état civil de X afin de le faire coïncider avec son état *réel* » (souligné par nous) ; voir aussi TGI Saint-Étienne, 11 juillet 1979, *Recueil Dalloz*, 1981, p. 271 ; TGI Saint-Étienne, 26 mars 1980, *Recueil Dalloz*, 1981, p. 271.

classification³¹⁷⁰. Ainsi, bien que la définition du sexe soit parfois appréhendée de manière plus complexe par les juges, rendant l'idée de vérité du sexe de moins en moins évidente³¹⁷¹, ceux-ci poursuivent toujours, à travers l'exigence de concordance des éléments du sexe, la quête de la réalité de la division binaire.

929. L'interprétation des critères biologiques par les juges montre, par conséquent, le rôle du droit dans la construction de la bicatégorisation sexuée³¹⁷². La perpétuation du modèle binaire apparaît bien ainsi comme un « choix » de la part des acteurs juridiques et non la simple prise en compte objective de données naturelles. Ce caractère construit est encore attesté par le fait que le modèle binaire n'a historiquement pas toujours été prédominant, comme le montre l'historien Thomas Laqueur³¹⁷³ – même si pour d'autres auteurs le modèle de la division binaire des sexes était déjà présent dès l'Antiquité³¹⁷⁴. Durant l'Antiquité et le Moyen-âge, la différence sexuée était majoritairement perçue comme une « affaire de variation quantitative. Les femmes étaient fraîches et les hommes chauds », et constituaient tous deux les extrémités d'un « continuum sexuel »³¹⁷⁵. Le modèle binaire aurait pris une place plus importante au XVIII^e siècle face à ce modèle unisexe, qui concevait la différence des sexes non comme une différence de nature mais de degré, admettant l'existence sur l'échelle de la « chair unique » de multiples situations intermédiaires entre le mâle et la femelle³¹⁷⁶. Le droit sert de vecteur essentiel à la construction du modèle binaire, du genre, à travers les discours des juges dont les énoncés peuvent être qualifiés de « performatifs » au sens d'Austin³¹⁷⁷ : en nommant les catégories « homme » et « femme » et en les définissant, les règles d'état civil interprétées par les discours des juges, à l'instar d'autres « rituels sociaux »³¹⁷⁸, fabriquent ces catégories.

930. Le maintien d'une construction binaire de la différence des sexes par le droit se heurte toutefois à certaines difficultés tenant au fait que les fondements biologiques sur lesquels repose la classification sexuée montrent précisément que la binarité n'est pas tenable, en raison du phénomène d'intersexuation.

³¹⁷⁰ DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime », *op. cit.*, p. 135 : « Dans cette perspective, le genre peut être défini comme un rapport qui assure sa reproduction en partie grâce aux mutations du système catégoriel sur lequel il s'adosse ».

³¹⁷¹ LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes du sexe », *op. cit.*, p. 20.

³¹⁷² LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*, p. 660.

³¹⁷³ LAQUEUR Thomas, *La fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident*, Gallimard, 1992, p. 170 : « C'est au XVIII^e siècle que fut inventé le sexe tel que nous le connaissons... Les organes de la reproduction devinrent le fondement d'une incommensurable différence ».

³¹⁷⁴ DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime », *op. cit.*, p. 125.

³¹⁷⁵ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, La découverte, 2012, p. 54.

³¹⁷⁶ LAQUEUR Thomas, *La fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident*, *op. cit.*, p. 19.

³¹⁷⁷ AUSTIN John Langshaw, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970.

³¹⁷⁸ BRUNET Laurence, FORTIER Corinne, « Changement d'état civil des personnes "trans" en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 68.

2) Les écueils de la bicatégorisation sexuée des personnes mis au jour par l'intersexuation

931. Le phénomène biologique d'intersexuation remet directement en cause la pertinence de la bicatégorisation juridique, parce qu'il conduit à saper les fondements biologiques de celle-ci. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe définit les intersexes comme « des personnes nées avec des caractéristiques chromosomiques, génitales ou de niveau hormonal qui ne correspondent pas à la norme admise des catégories “masculin” et “féminin” telles qu'utilisées en anatomie sexuelle ou reproductive. Ce terme a remplacé celui d'“hermaphrodite”, très utilisé par les médecins au XVIII^e et au XIX^e siècle. L'intersexualité peut prendre diverses formes et couvrir un ensemble de situations très variées »³¹⁷⁹. L'intersexuation³¹⁸⁰ met dès lors en évidence le fait que biologiquement parlant, il n'y a pas deux sexes, mais une multitude de configurations de la sexuation ; nombre de médecins et de juristes ont en ce sens recommandé dès le début du XX^e siècle la reconnaissance de l'intersexuation afin de rendre compte de la vérité biologique. Mais, en maintenant la bicatégorisation sexuée, les acteurs du droit ont choisi de perpétuer une fiction qui ne correspond pas à la réalité biologique qu'elle prétend refléter.

932. **L'impossibilité d'établir des critères biologiques fiables pour fonder la division binaire.** Si le transsexualisme renvoie à la discordance entre deux composantes du sexe entre eux – le sexe de naissance « biologique » et le sexe psychosocial – l'intersexuation relève quant à elle d'une distorsion affectant « l'une des composantes qui réunit en son sein des éléments masculins et féminins »³¹⁸¹. Contrairement au transsexualisme³¹⁸², qui suppose seulement la revendication de la mutabilité du sexe et laisse ainsi intacte la division binaire biologiquement définie, l'intersexuation remet directement en cause une telle division, puisque les intersexes relèvent biologiquement à la fois du sexe masculin et du sexe féminin. La bicatégorisation est ainsi mise en péril par plusieurs types d'intersexuation. Ceux-ci peuvent être distingués schématiquement, selon qu'il y a une discordance entre les composantes biologiques entre elles ou bien la présence des caractéristiques des deux sexes dans une seule composante. Dans certaines situations, la

³¹⁷⁹ HAMMARBERG Thomas, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Conseil de l'Europe, décembre 2011, p. 142.

³¹⁸⁰ Nous employons le terme d'intersexuation et non celui d'intersexualité, dans la mesure où, comme le relève Danièle Lochak, c'est de sexuation et non de sexualité dont il est ici question (« Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*, p. 662).

³¹⁸¹ RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit », *op. cit.*, p. 656.

³¹⁸² On ne saurait cependant opposer totalement le transsexualisme et l'intersexuation, car une personne intersexe à qui l'on a assigné un sexe à la naissance peut devenir transsexuelle à partir du moment où elle souhaite modifier son sexe morphologique et juridique afin que celui corresponde à son identité de genre et a recours à une opération visant à modifier ses organes génitaux en ce sens.

composante chromosomique ne correspond pas à la composante anatomique ou hormonale³¹⁸³. Dans d'autres configurations plus rares, les composantes chromosomique ou anatomique regroupent les caractéristiques des deux sexes. C'est le cas des personnes naissant avec des caryotypes atypiques – mosaïques chromosomiques³¹⁸⁴, XO (syndrome de Turner), XXX, XYY, ou encore XXY (syndrome de Klinefelter)³¹⁸⁵ – qui peuvent conduire ou non à un développement inhabituel des organes génitaux internes ou externes. Tous les cas mentionnés ci-dessus sont également qualifiés de « pseudo-hermaphrodites » féminin ou masculin – terminologie apparue en 1830 mais encore utilisée aujourd'hui³¹⁸⁶ – car il est possible de déterminer un sexe prédominant sur l'autre dans la constitution physique de l'individu, notamment, pour les médecins du XIX^e siècle, à travers l'examen des gonades³¹⁸⁷. Mais il existe également des situations très rares dans lesquelles les individus, qualifiés d'« hermaphrodites vrais »³¹⁸⁸, présentent un caryotype XX, mais possèdent des organes génitaux à la fois masculins et féminins (un ovaire et un testicule ou bien une gonade combinée appelée « ovotestis »³¹⁸⁹). Au vu de la variabilité des situations d'intersexuation, aucun critère biologique n'apparaît donc complètement fiable pour fonder la bicatégorisation sexuée, même le critère chromosomique qui a pourtant été largement considéré comme établissant la vérité du sexe. Par conséquent, s'il faut bien un gamète mâle et un gamète femelle pour procréer, tous les individus ne peuvent en aucun cas être subsumés sous une telle logique binaire.

933. L'intersexuation n'est pas une situation exceptionnelle³¹⁹⁰, même si le phénomène est difficilement quantifiable, notamment car les chiffres varient selon le périmètre retenu pour

³¹⁸³ C'est le cas par exemple lorsque des individus XY – masculins au sens chromosomique – ont un appareil génital mal développé (hypospadias) ou non développé (syndrome d'insensibilité aux androgènes) ou lorsque des individus XX – féminins au sens chromosomique – détiennent des hormones virilisantes qui agissent que le clitoris et le font grandir (hyperplasie congénitale des surrénales) (voir BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport d'information n° 144 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, enregistré à la présidence du Sénat le 23 février 2017).

³¹⁸⁴ CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning designing sex », *International Journal of Law Policy and the Family*, n° 16, 2002, p. 330 : par exemple, certains individus (connus comme ayant un caryotype 45XO/46XY) ont à la fois des cellules contenant des chromosomes XY et des cellules contenant seulement un chromosome X.

³¹⁸⁵ WIELS Joëlle, « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », *op. cit.*, p. 51.

³¹⁸⁶ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 59.

³¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 59.

³¹⁸⁸ Voir WILHELM Eugène, « L'hermaphrodite et le droit », *Revue critique*, 1911, p. 268 : Pour l'auteur, seuls les individus présentant les attributs sexuels des deux sexes, ovaires et testicules pouvaient être qualifiés d'hermaphrodites. Les personnes au sexe douteux ou indéterminable, qui présentaient des organes génitaux mal formés mais qui avaient soit des ovaires, soit des testicules, étaient quant à eux nommées « pseudohermaphrodites ». Enfin, les individus qui ne détenaient ni ovaires, ni testicules, étaient appelés « insexuels ».

³¹⁸⁹ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 60

³¹⁹⁰ Haute Autorité de santé (HAS), *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, novembre 2009, p. 23 : « Une revue de la littérature a estimé que la fréquence d'une telle indifférenciation sexuelle (sujets se trouvant en dehors de la normalité dimorphique mâle ou femelle aux niveaux chromosomique, gonadique, génital ou hormonal) pourrait atteindre 2 % des naissances ».

définir ces situations³¹⁹¹. Dès lors, pour beaucoup d'auteurs et de collectifs de défense des intersexes, elle relève davantage d'un « aspect de la variabilité du corps humain »³¹⁹² que d'une anomalie, d'un désordre ou d'un trouble, d'autant plus que les situations d'intersexuation ne conduisent pas nécessairement à une pathologie. Comme l'affirme Philippe Reigné : « Plutôt qu'une pathologie qu'il conviendrait de soigner, l'intersexuation est un fait biologique qui remet en cause l'existence même, dans un domaine de vérité présociale, de deux sexes naturels, prémisses essentielles de la différence des sexes »³¹⁹³. Pour les biologistes s'intéressant à cette question, la variabilité sexuée et l'hétérogénéité des situations intersexes découlent de la complexité même du phénomène de sexuation décrit précédemment³¹⁹⁴. D'un point de vue biologique, le sexe peut être ainsi appréhendé comme le « produit d'une sexuation au cours de l'embryogenèse qui associe de nombreux composants chromosomiques et hormonaux et qui a pour effet la production de nombreux types de sexes entièrement mâles, des sexes entièrement femelles et des sexes à la fois mâle et femelle »³¹⁹⁵. Il y a, en d'autres termes, naturellement « plus que deux sexes » lorsque l'on observe le processus de sexuation, si bien que « tout fondement naturel de la bicatégorisation sexuée semble donc introuvable ou nécessairement approximatif »³¹⁹⁶.

934. L'intersexuation met ainsi directement à l'épreuve la division binaire dans les domaines où la classification sexuée est prégnante, par exemple dans celui des compétitions sportives. Le recours à des « tests de féminité » dans certaines compétitions³¹⁹⁷, notamment d'athlétisme³¹⁹⁸, pour s'assurer de l'appartenance des participantes au sexe féminin et du maintien de la différence des sexes dans le sport, montre que la division binaire est loin d'être évidente. Des auteurs ont surtout montré à quel point il était difficile pour les médecins-experts chargés de procéder à de tels tests de trouver un critère biologique pertinent pour déterminer le « vrai » sexe de la compétitrice : ni l'examen des organes génitaux dans les années 1960, ni les tests génétiques

³¹⁹¹ BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport précité, p. 21.

³¹⁹² LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*, p. 661.

³¹⁹³ REIGNÉ Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », *op. cit.*, p. 1888.

³¹⁹⁴ JOUANNET Pierre, « Développement et fonction des organes génitaux », *op. cit.*, p. 66.

³¹⁹⁵ LE MAIGAT Patrice, « Rencontres du troisième sexe : le jube et l'hermaphrodite ou les incertitudes du genre », *op. cit.*, point 28.

³¹⁹⁶ DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime », *op. cit.*, p. 127.

³¹⁹⁷ Comité international olympique, *Statuts olympiques, textes d'application et instructions*, 1976, point 27-D : « Les concurrentes olympiques des sports réservés aux femmes doivent se soumettre aux contrôles de féminité prescrits ».

³¹⁹⁸ BOHUON Anaïs, « Activités – Compétitions sportives – “Test de féminité” : vide juridique et bouleversement de l'ordre sportif », *Jurisport*, n° 96, 2010, p. 42 : « Le test de féminité a été instauré en 1966, à l'occasion des championnats d'Europe d'athlétisme, à Budapest. Treize athlètes ont été exclues des compétitions entre 1972 et 1990 suite au résultat du test de féminité ».

pratiqués à partir des années 1970, ni même les tests hormonaux dans les années 2010³¹⁹⁹, n'ont permis d'opérer un contrôle fiable de l'appartenance au sexe féminin³²⁰⁰. En effet, « en ayant instauré le test de féminité, le monde médical sportif s'est trouvé confronté à cette volonté de rechercher une distinction naturelle des identités sexuées, fondement impossible à définir car les critères (organes génitaux, gonades, hormones, chromosomes), sont tous plus faillibles les uns que les autres »³²⁰¹. Certaines instances ont dès lors émis des réserves quant à la pertinence d'un tel test : en France, le Comité national d'éthique a critiqué dès 1992 le recours aux tests génétiques³²⁰², tandis que le CIO l'a supprimé « symboliquement » de la Charte olympique en 2000³²⁰³. Si les failles de la bicatégorisation sexuée sont ainsi particulièrement nettes dans le domaine sportif, elles sont loin d'apparaître uniquement dans ce champ : dès le XIX^e siècle, des médecins et des juristes reconnaissent l'existence de l'intersexuation, et préconisent même parfois la reconnaissance juridique d'un troisième sexe.

935. Les propositions des médecins et des juristes de reconnaître l'intersexuation au nom de la vérité du sexe. Certains médecins s'intéressant à l'intersexuation remettent en question la division binaire des sexes dès le XIX^e siècle et cherchent à « convaincre les juristes » de la nécessité de la reconnaissance d'un troisième sexe, tant « l'existence historique, anthropologique, culturelle et biologique d'une réalité sexuée en dehors de la dualité, voire de l'opposition entre féminin et masculin ne peut être niée »³²⁰⁴. Ainsi, « dès la Restauration, les médecins mettent en garde contre l'inadéquation d'une loi trop rigide en regard des complexités biologiques »³²⁰⁵. Joseph-Napoléon Loir appelle en ce sens dès 1854 à une réforme législative visant la reconnaissance des personnes intersexes³²⁰⁶, proposition reprise par d'autres médecins à partir des années 1880, à une époque où « le milieu médical est littéralement en ébullition sur

³¹⁹⁹ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01250476v2>, p. 8.

³²⁰⁰ BOHUON Anaïs, « Activités – Compétitions sportives – “Test de féminité” : vide juridique et bouleversement de l'ordre sportif », *op. cit.*, p. 42.

³²⁰¹ BOHUON Anaïs, « Sport et bicatégorisation par sexe : test de féminité et ambiguïté du discours médical », *Nouvelles Questions Féministes*, n° 2, 2008/1, p. 90.

³²⁰² Avis du CCNE n° 30, Questions éthiques posées par l'obligation de tests génétiques pour les concurrentes des jeux d'Albertville, 27 janvier 1992.

³²⁰³ BOHUON Anaïs, « Sport et bicatégorisation par sexe : test de féminité et ambiguïté du discours médical », *op. cit.*, p. 86.

³²⁰⁴ BYK Christian, « Quelle place pour un “troisième sexe” en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Paris, Lexis Nexis, 2015, p. 187.

³²⁰⁵ HOUBRE Gabrielle, « Un “sexe indéterminé” ? : L'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIX^e siècle », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 48, 2014/1, p. 67.

³²⁰⁶ LOIR Joseph-Napoléon, *Des sexes en matière d'état civil. Comment prévenir les erreurs résultant de leurs anomalies*, Paris, Cotillon, Librairie du Conseil d'État, 1854. Il rend compte de l'observation de cas d'hermaphroditismes, dont la situation a conduit à des rectifications de l'état civil en raison de la discordance entre le sexe prédominant dans leur vie d'adulte et celui assigné à leur naissance. Il estime que de telles rectifications pourraient être évitées, d'une part, par l'intervention à la naissance d'un médecin pour déterminer le sexe, et d'autre part, par l'introduction dans le Code civil d'un article additionnel à l'article 57, qui autoriserait à indiquer dans l'acte de naissance la mention de « sexe douteux », ainsi que « la nécessité d'un examen ultérieur à un âge plus avancé mais rapproché autant que possible de la naissance » (p. 27 et 28).

l'individu hermaphrodite»³²⁰⁷. Ces médecins « signalent à diverses reprises leurs difficultés à appliquer la législation »³²⁰⁸, ce qui montre que la bicatégorisation prévue par la loi ne tient pas. Certains juristes, tels que Wilhelm en 1911, reprennent les propositions des médecins. Il convient selon celui-ci de prendre en compte les avancées scientifiques ignorées lors de l'élaboration du Code civil : « La loi n'a pas mentionné les hermaphrodites, parce qu'elle croyait qu'il n'existait pas d'hermaphrodites ou des êtres au sexe neutre ou au sexe indéterminable »³²⁰⁹. Il préconise dès lors la possibilité d'inscrire un troisième sexe « douteux » ou « neutre » dans le registre d'état civil, en référence à l'opinion médicale³²¹⁰, ou tout du moins l'absence d'une assignation obligatoire d'un des deux sexes à la naissance³²¹¹.

936. Il serait certes anachronique d'appréhender la reconnaissance de l'intersexuation à cette époque comme une volonté de lutter contre l'exclusion des personnes intersexes : pour ces médecins et juristes, elle permettrait surtout de rendre compte de la « vérité » biologique du sexe en évitant des « erreurs »³²¹². La prise en compte de l'intersexuation permettrait, dès lors, de résoudre la contradiction – encore d'actualité – selon laquelle le droit se fonde sur des critères biologiques pour établir la bicatégorisation alors même que celle-ci est contredite par les faits. De ce point de vue, « le Droit doit avoir une attitude guidée par un principe fondamental : celui de la vérité. La vérité du sexe telle qu'elle est définie par la Médecine est qu'en dehors des deux sexes masculin et féminin homogènes, il existe une série de cas intermédiaires »³²¹³. En l'absence du rétablissement de cette vérité, « des individus au sexe complexe risquent de tromper les tiers et la société dans des conditions de nature à causer aux uns et à l'autre un préjudice »³²¹⁴. Le préjudice des tiers résulterait alors du fait d'avoir été « trompé » sur la nature sexuée d'un individu, comme dans les affaires relatives à la validité du mariage conclu par des individus au sexe ambigu, dans

³²⁰⁷ HOUBRE Gabrielle, « Un “sexe indéterminé” ? : L'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 70. Il s'agit entre autres de Pierre Garnier, Charles Debierre, Alexandre Lacassagne, Albert Leblond, Paul Brouardel, Louis Guinard, René Guéricolas, qui « comptent parmi les partisans de l'inscription civile, même momentanée, d'un troisième sexe “neutre” ou “douteux” ».

³²⁰⁸ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 34.

³²⁰⁹ WILHELM Eugène, « L'hermaphrodite et le droit », *op. cit.*, p. 275.

³²¹⁰ *Ibid.*, p. 291 : « Plusieurs médecins ont déjà recommandé l'introduction d'un troisième sexe « douteux ou neutre » dans le registre de l'état civil, entre autres Debierre, qui a expressément formulé un changement de l'article 07 du Code civil et un article additionnel ».

³²¹¹ *Ibid.*, p. 288.

³²¹² Pour Joseph-Napoléon Loir par exemple, l'absence de reconnaissance des états hermaphrodites conduit à des « erreurs » sur les registres d'état civil qui donnent eux-mêmes lieu à des « abus » de trois ordres : une fausse éducation des enfants hermaphrodites – qui ne sont pas élevés selon les normes de genre correspondant à leur sexe –, la conclusion de « mariages anti-naturels » et l'atteinte portée à la moralité et au bien-être des conjoints dont le mariage est frappé de nullité (LOIR Joseph-Napoléon, *Des sexes en matière d'état civil. Comment prévenir les erreurs résultant de leurs anomalies*, *op. cit.*, p. 16).

³²¹³ RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit », *op. cit.*, p. 660.

³²¹⁴ *Ibid.*, p. 664.

lesquelles les juges reconnaissent l'intersexuation – sans pour autant appeler à la création d'une autre catégorie de sexe.

937. Dans l'affaire *Darbousse* précitée, qui avait donné lieu à des arrêts de la Cour d'appel de Douai en 1901 et par la Cour de cassation en 1903, le mari contestait l'appartenance de sa femme au sexe féminin et souhaitait l'annulation de leur mariage, au motif que celle-ci était dépourvue des « organes naturels constitutifs de son sexe ». Les juges du fond ont admis que l'épouse n'était pas une femme, étant dépourvue des organes féminins nécessaires à la procréation, mais qu'elle n'était pas non plus un homme³²¹⁵, reconnaissant dès lors implicitement sa qualité d'hermaphrodite. Ainsi, « en ôtant à Justine Dumas sa qualité biologique de femme, sans lui attribuer celle d'homme, ce verdict rompt avec toute une tradition héritée du droit romain, qui fait “de la division des sexes une question juridique”, traitée “non en présupposé naturel, mais en norme obligatoire” »³²¹⁶. La Cour de cassation conclut à une solution inverse en rattachant l'épouse au sexe féminin par ses organes sexuels externes et rejette, par là même, la reconnaissance de l'hermaphrodisme. Une telle solution rejoint du reste l'opinion du procureur Beaudoin qui qualifie l'hermaphrodisme « de bizarrerie, d'anomalie, de monstruosité » que le droit ne devrait en aucun cas prendre en compte³²¹⁷. Certains commentateurs renvoient, dans des affaires similaires, au droit romain et à l'ancien droit, qui exigeait en cas de situation d'hermaphrodisme de maintenir la bicatégorisation en rattachant la personne au sexe « prédominant »³²¹⁸.

938. Les solutions opposées des deux juridictions dans cette affaire témoignent de deux conceptions contraires quant à la pertinence de la bicatégorisation sexuée : pour la Cour de cassation, la division binaire doit être sauvegardée à tout prix, quitte à retenir une définition plus souple de la notion de « sexe » afin d'y inclure tous les individus, même ceux qui présentent des ambiguïtés sexuées. Cette solution revient à nier l'intersexuation. Pour la Cour d'appel de Douai, en revanche, c'est davantage le principe de vérité biologique qui doit primer, par la

³²¹⁵ Cette solution est encore plus claire dans un jugement du Tribunal d'Alais du 29 avril 1969, cité par JALABERT Philippe, « Examen doctrinal de jurisprudence civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1872, p. 142 : Les juges ont en effet estimé que le mariage est vicié « dans son principe lorsque les conjoints apparents sont du même sexe ou que l'un d'eux manque absolument des organes naturels constitutifs de l'autre sexe, même différent de celui de l'autre auquel il prétend appartenir » (nous soulignons). Ils ont ainsi implicitement admis que l'épouse n'était ni du sexe de son conjoint – masculin – ni tout à fait de l'autre sexe – féminin.

³²¹⁶ HOUBRE Gabrielle, « Alliances “monstrueuses” en pays cévenol ou l'hermaphrodisme au tribunal », in AZOULAY Vincent, GHERCHANOC Florence, LALANNE Sophie, *Le banquet de Pauline Schmitt Pantel. Genre, mœurs et politique dans l'Antiquité grecque et romaine*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2012, p. 180.

³²¹⁷ Conclusions du procureur général BEAUDOIN précitées, p. 397 : « Retenons que la science n'admet jamais que deux sexes, le masculin et le féminin, que tout être humain doit être rangé dans l'un d'eux et que les récits qui tendraient à établir l'existence d'hermaphrodites humains, c'est-à-dire d'êtres réunissant en eux les organes des deux sexes avec les facultés qui les caractérisent sont, depuis longtemps, relégués au domaine de la fable. C'est cette division absolue en deux sexes, et rien qu'en deux sexes, qu'admettent les législateurs ».

³²¹⁸ JALABERT Philippe, « Examen doctrinal de jurisprudence civile », *op. cit.*, p. 132.

reconnaissance qu'une personne puisse être ni homme, ni femme, ce qui permet de sauvegarder les droits des tiers – ici le mari – afin que ceux-ci ne subissent pas le préjudice résultant de l'état d'intersexuation d'une personne – ici, l'impossibilité de procréer. Le principe de vérité biologique implique ainsi nécessairement, pour les juges, la remise en cause de la bicatégorisation, au moins au cas par cas. Il est intéressant de souligner que la reconnaissance de l'intersexuation, dans la décision de la Cour d'appel, conduit toutefois à dénier des droits et à être défavorable à l'épouse, tandis que, la décision de la Cour de cassation qui refuse d'admettre l'intersexuation – la décision la moins « progressiste » en somme en termes de remise en cause de la division binaire – est favorable à l'épouse, puisqu'elle rejette l'annulation du mariage³²¹⁹. La qualification d'hermaphrodite conduit précisément à exclure ces personnes de droits, car l'attribution de droits se fait selon la logique binaire, homme ou femme. La reconnaissance d'un « sexe indéterminé » par les juges du fond ne pouvait dès lors conduire qu'à l'absence d'application de droits, une telle catégorie n'existant pas dans la loi.

939. Aujourd'hui, si le droit maintient le principe de la bicatégorisation sexuée à l'état civil, les situations d'intersexuation ne sont pas totalement ignorées par les textes juridiques. Le paragraphe 55 de l'instruction générale de l'état civil de 2011 énonce en ce sens que : « Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, *qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance*. Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par décision judiciaire. Dans tous les cas d'*ambiguïté sexuelle*, il doit être conseillé aux parents de choisir pour l'enfant un prénom pouvant être porté par une fille ou par un garçon »³²²⁰. Mais la reconnaissance est tout de même limitée puisqu'elle se fait, d'une part, par « omission » et, d'autre part, pour une durée limitée. Surtout, le pouvoir exécutif refuse explicitement que puisse être inscrite la mention « sexe indéterminé » sur l'acte de naissance, contrairement à ce que préconisaient les médecins et les juristes dès le XIX^e siècle. La perpétuation de la division binaire au mépris du phénomène biologique qu'est l'intersexuation révèle dès lors le caractère fictionnel de la bicatégorisation juridique.

³²¹⁹ Sur la logique de protection des droits retenue par la Cour de cassation, voir CATTO Marie-Xavière, « Reconnaître un troisième sexe à l'état civil ? », *Délibérée*, n° 4, 2018/2, p. 13.

³²²⁰ Paragraphe 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C. Cette disposition a été introduite par l'instruction du 19 février 1970 (*JORF* du 23 avril 1970, p. 3866) au paragraphe 228 b de l'instruction générale relative à l'état civil (nous soulignons).

940. Le phénomène d'intersexuation révèle par conséquent que ce sont les sciences qui construisent la binarité des sexes et le droit qui la façonne comme « norme sociale » en niant notamment l'intersexuation³²²¹. Le caractère construit de la binarité des sexes et du corps « naturellement » sexué a ainsi été mis en évidence à travers l'intégration du concept de genre au sein des sciences du vivant. Dans les années 1990, des chercheurs ont ainsi démontré que les connaissances érigées en « vérités scientifiques », telles que la vérité de la binarité des sexes, sont elles-mêmes le produit d'une construction sociale³²²² : « L'idée d'introduire du genre dans la biologie remet en cause une partition assez commode : aux sciences humaines et sociales, le genre, entendu comme l'étude des mises en jeu du corps, tandis que le sexe reste du domaine de la biologie, socle intangible de la différence, de la complémentarité et de la hiérarchie »³²²³. De ce point de vue, le sexe ne préexisterait pas au genre, comme vérité naturelle, mais serait au contraire construit par le genre, entendu comme système de division³²²⁴. En d'autres termes, le culturel influencerait la manière d'appréhender le biologique. Par exemple, des études anthropologiques ont montré que la différence de phénotype osseux chez les femmes et les hommes était davantage due à l'influence du milieu et aux comportements sociaux différenciés qu'à une différence proprement biologique³²²⁵. Ce changement de paradigme dans la compréhension du sexe a par conséquent conduit à remettre en cause l'idée que le sexe biologique est admis « comme non questionnable » et a permis de penser que la différence sexuée est difficilement « réductible à deux catégories distinctes »³²²⁶.

941. Le droit participe donc directement à la construction du genre en maintenant le système de division binaire entre les sexes comme vérité naturelle, à travers l'assignation obligatoire à un sexe masculin ou féminin et la négation du phénomène biologique d'intersexuation qui en découle. Mais ce n'est pas tout : il va jusqu'à exiger la normalisation des personnes intersexes pour préserver la fiction d'une « vérité » de la binarité sexuée.

³²²¹ LE MAIGAT Patrice, « Rencontres du troisième sexe : le juge et l'hermaphrodite ou les incertitudes du genre », *op. cit.*

³²²² FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, La Découverte, 2012, p. 19 : « Apposer sur quelqu'un l'étiquette "homme" ou "femme" est une décision sociale. Le savoir scientifique peut nous aider à prendre cette décision, mais seules nos croyances sur le genre – et non la science – définissent le sexe. En outre, les connaissances que les scientifiques produisent sur le sexe sont influencées dès le départ par nos croyances sur le genre ».

³²²³ DETREZ Christine, « L'évidence du naturel et le naturel de l'évidence », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, *op. cit.*, p. 248.

³²²⁴ FASSIN Éric, « Postface : le genre du sexe », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, *op. cit.*, p. 345.

³²²⁵ PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, FONTON Michèle, « Sexe biologique et sexe social », in HURTIG Marie-Claude, KAIL Michèle, ROUCH Hélène, *Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS Éditions, 2002, p. 41.

³²²⁶ *Ibid.*, p. 28.

II. La normalisation de la situation des intersexes pour rétablir la vérité du sexe

942. Alors que « l'intersexuation est une réalité anatomique, biologique, sociale », le droit n'en fait pas encore « une réalité juridique »³²²⁷. Elle est au contraire considérée comme une « erreur », comme une « insulte à la vérité »³²²⁸. Au lieu d'admettre la fréquence des situations d'intersexuation et de remettre en cause la bicatégorisation sexuée, la médecine et le droit procèdent en effet dans le sens inverse allant jusqu'à agir sur les corps intersexes afin de les conformer à la bicatégorisation sexuée³²²⁹. La préservation du modèle binaire exige en effet que tous les éléments du sexe coïncident, ce qui rend l'indétermination de l'identité sexuée difficile à envisager et conduit même, pour certains auteurs, à une « hantise de l'indifférenciation »³²³⁰ : « Pour maintenir les divisions de genre, il faut contrôler ces corps si rétifs et indisciplinés qu'ils brouillent les frontières. Les intersexués incarnant, au sens littéral, les deux sexes, ils affaiblissent les discours sur la différence sexuelle »³²³¹.

943. L'intersexuation est, dès lors, « rendue invisible grâce à différents outils juridiques qui permettent soit de l'ignorer, soit de forcer l'assimilation »³²³². Le paragraphe 55 de la circulaire de 2011 prévoit ainsi que lorsque le sexe du nouveau-né est incertain, le médecin renseigne les parents sur le sexe le plus probable compte tenu, le cas échéant, « des résultats prévisibles d'un traitement médical » et qu'en cas d'erreur quant à la mention du sexe à l'état civil, celui-ci peut être l'objet d'une procédure judiciaire de rectification³²³³. La normalisation de la situation des personnes intersexes à travers un traitement médical dès leur naissance explique du reste le faible nombre de recours contentieux sur la question : l'effacement de l'indétermination sexuée par la voie médicale fait que celle-ci est rarement interrogée par les juridictions³²³⁴.

944. Ce processus de normalisation conduit ainsi à agir directement sur le sexe, entendu à la fois comme le corps sexué et comme la catégorie juridique. Le droit perpétue ainsi le genre comme système de division en autorisant, d'un côté, les pratiques médicales visant à opérer les

³²²⁷ VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1399.

³²²⁸ FOUCAULT Michel, « Le vrai sexe », 1980, in *Dits et écrits*, Tome IV, 1994, n° 287.

³²²⁹ L'exemple des « tests de féminité » est sur ce point significatif : « Au lieu d'ébranler la croyance en l'existence naturelle de catégories de sexe fondées sur des différences supposées biologiques, des soupçons sont émis quant au sexe de ces sportives (BOHUON Anaïs, « Sport et bicatégorisation par sexe : test de féminité et ambiguïté du discours médical », *op. cit.*, p. 80).

³²³⁰ BRUNET Laurence, FORTIER Corinne, « Changement d'état civil des personnes "trans" en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 81.

³²³¹ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 25.

³²³² HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 27.

³²³³ Paragraphe 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C.

³²³⁴ REIGNÉ Philippe, « La notion juridique de sexe », *op. cit.*, p. 307. Voir également CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning designing sex », *International Journal of Law Policy and the Family*, n° 16, 2002, p. 341.

corps intersexes, jugés anormaux (A) et, de l'autre, les actions en rectification de la mention du sexe à l'état civil pour rétablir la vérité du sexe, l'assignation au « mauvais » sexe à la naissance étant considérée comme une « erreur » à rectifier (B).

A. La pratique des opérations de conformation sexuée non sanctionnée par le droit

945. En autorisant les traitements médicaux de conformation sexuée des personnes intersexes, le droit participe à la « manipulation mécanique sur les corps » en cautionnant la « fabrique médicale des corps sexués »³²³⁵. Le maintien du modèle binaire comme norme, de la « mythologie du normal »³²³⁶, implique en effet que les situations d'intersexuation soient considérées comme des anomalies auxquelles il faudrait remédier, par des traitements admis et même encouragés par le droit, mais dont la licéité peut pourtant être interrogée.

946. **L'intersexuation considérée comme une pathologie nécessitant un traitement médical.** Certes, « autrefois, les intersexes (ou hermaphrodites, comme on les appelait encore récemment) jouissaient d'une certaine reconnaissance culturelle »³²³⁷, en raison notamment d'une appréhension de la différence des sexes comme un *continuum* sexuel avant le XIX^e siècle, soit une échelle de variation sexuée. Il n'empêche que, socialement et juridiquement, l'acceptation des hermaphrodites impliquait que ces derniers choisissent de vivre selon le sexe prédominant dans leur constitution et leur personnalité et qu'ils devaient s'en tenir à ce choix, sous peine d'être condamnés³²³⁸. L'émergence de la médecine moderne au XIX^e a conduit à renforcer l'idée d'une nécessaire normalisation des situations intersexes, sous le contrôle de l'État³²³⁹, en donnant une autorité aux médecins et biologistes pour définir l'hermaphrodisme comme un état pathologique³²⁴⁰. La construction de la binarité des sexes comme norme sociale et juridique – d'autant plus nécessaire à une époque où les femmes commençaient à revendiquer les mêmes droits que les hommes³²⁴¹ – a mené logiquement le corps médical à qualifier de pathologiques les situations dans lesquels les individus ne pouvaient être rattachés, par leur sexe biologique, ni au

³²³⁵ DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime », *op. cit.*, p. 122 : « L'histoire de cette fabrique médicale des corps sexués, montre que les normes de genre président à un type d'interventions savantes sur les corps, dont la finalité est littéralement l'incorporation du sexe biologique (mâle ou femelle) ».

³²³⁶ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 25 : « Il doit n'y avoir que deux cases : celle du masculin et celle du féminin. Le développement du savoir dans les disciplines médicales donne aux médecins les moyens de perpétuer une mythologie du normal en modifiant le corps intersexué pour qu'il corresponde autant que possible à l'une ou l'autre catégorie ».

³²³⁷ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 57.

³²³⁸ FOUCAULT Michel, « Le vrai sexe », *op. cit.*, n° 287.

³²³⁹ *Ibid.*

³²⁴⁰ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 58. Voir également CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain. Limite de l'usage économique du corps*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, p. 353 et s.

³²⁴¹ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 61.

sexe masculin, ni au sexe féminin³²⁴². Au début du XX^e siècle, les médecins ou juristes ayant affaire à la question se référaient clairement au vocabulaire de l'anormalité physique et psychologique, en associant les hermaphrodites à des « dégénérés »³²⁴³. Bien qu'ayant connu des évolutions, cette conception de l'intersexuation comme pathologie est aujourd'hui relayée par la dénomination employée par les experts de la Conférence de Chicago de 2005, qui ont établi une classification plus précise des situations d'intersexuation, mais aussi clairement contribué à leur pathologisation, en renvoyant aux termes de « désordres de la différenciation sexuelle » (DSD – *Disorder of Sex Development*) ou d'« anomalies du développement sexuel » (ADS)³²⁴⁴.

947. Les traitements médicaux de l'intersexuation conduisent dès lors à maintenir le système de division binaire en supprimant les situations d'ambiguïté sexuée, en les rendant invisibles aux yeux de la société³²⁴⁵. Ces techniques médicales ont été initiées dès les années 1930 et généralisées dans la seconde moitié du XX^e siècle, grâce aux progrès de la chirurgie³²⁴⁶ : il ne s'agit plus pour les médecins de trouver le « vrai » sexe, en interprétant les composantes du sexe pour orienter les pseudo-hermaphrodites masculins et féminins vers l'un des deux sexes prédominant, mais de construire le « bon » sexe en supprimant ses aspects ambigus afin de parfaire le développement sexué de chaque individu³²⁴⁷ et permettre de garantir son « équilibre »³²⁴⁸.

948. En cas de sexe indéterminé, les médecins procèdent, dès lors, soit à un traitement prénatal *in utero*, soit à une chirurgie réparatrice dès le très bas âge « pour normaliser ces enfants en leur fabriquant un sexe qui soit le plus proche de ses traits prédominants »³²⁴⁹. La correction prénatale est possible pour un certain type d'intersexuation, l'hyperplasie congénitale des surrénales (HCS) et consiste en l'administration d'un traitement stéroïde (dexaméthasone), afin d'empêcher une masculinisation des organes génitaux du fœtus. Le diagnostic prénatal peut toutefois conduire la femme enceinte d'un fœtus intersexe à choisir de procéder à un avortement

³²⁴² *Ibid.*, p. 52.

³²⁴³ WILHELM Eugène, « L'hermaphrodite et le droit », *op. cit.*, p. 270 : « C'est ainsi que Raffégeau considère les hermaphrodites comme des êtres, dans la plupart des cas, également anormaux d'esprit, dégénérés La malformation coïncide, d'après lui, avec une prédisposition anormale héréditaire et peut souvent produire, chez l'hermaphrodite prédisposé, de la mélancolie et même du délire de persécution ».

³²⁴⁴ Avis du Défenseur des droits n° 17-04 du 20 février 2017 : « Les professionnels de santé utilisent cette notion comme un terme générique pour désigner une pluralité de situations référencées en fonction de leurs profils chromosomiques dans un système de classification médicale adopté à la suite de la conférence de consensus international qui s'est tenue à Chicago en 2005 ».

³²⁴⁵ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 52.

³²⁴⁶ *Ibid.*, p. 62 et p. 66.

³²⁴⁷ CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning designing sex », *op. cit.*, p. 334.

³²⁴⁸ RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit », *op. cit.*, p. 657.

³²⁴⁹ LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*, p. 663.

pour ce motif³²⁵⁰, allant jusqu'à supprimer les corps intersexués plutôt qu'à les corriger³²⁵¹, même si l'absence de statistiques officielles sur cette question ne permet pas de mettre clairement en évidence l'ampleur de cette pratique.

949. S'agissant des opérations chirurgicales postnatales, elles sont le plus souvent pratiquées dès la naissance de l'enfant. L'idée d'une correction précoce est en effet issue des théories du psychologue John Money sur le genre – développées dans les années 1950 et qui ont connu une répercussion importante dans la pratique médicale jusque dans les années 1990 –, qui partent du principe qu'il convient d'assigner un sexe bien déterminé à l'enfant intersexe, avant de transformer son corps « pour s'assurer que lui-même et ses parents adhèrent à cette assignation »³²⁵². Encore faut-il déterminer les critères permettant de choisir la « bonne » assignation à l'un ou l'autre sexe et le « sens » de la transformation du corps. Or, ces critères apparaissent déterminés à la fois par une combinaison des critères biologiques prédominants et par les représentations relatives aux rôles sociaux de genre, c'est-à-dire l'importance qui s'attache à ce que les corps masculins et féminins remplissent les rôles – notamment sexuels – communément attribués aux hommes et aux femmes³²⁵³. Le sexe physiologique transformé doit, autrement dit, pouvoir correspondre au « sexe d'élevage », pour reprendre les termes de Money³²⁵⁴. Un individu dont sexe est ambigu se voit assigné au sexe masculin uniquement si la taille initiale de son pénis lui permet de remplir les fonctions attendues, selon la norme sociale, d'un tel organe : avoir une relation hétérosexuelle par un coït vaginal, uriner debout et passer « le test du vestiaire » afin d'éviter les problèmes d'estime liés à un sexe trop petit³²⁵⁵. La taille d'un pénis médicalement acceptable étant généralement fixée à 2,5 cm à la naissance, les médecins acceptent de pratiquer une thérapie hormonale à partir de 1,5 cm³²⁵⁶ ; en deçà, les médecins concluent à un appareil génital féminin qu'il convient, le cas échéant, de corriger afin de produire un clitoris médicalement acceptable. En d'autres termes, un pénis « inadéquat » conduit à une classification comme femme, ce qui fait dire à certains auteurs que les critères d'assignation

³²⁵⁰ Article L. 2213-1 du Code de la santé publique : « L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif [...] qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».

³²⁵¹ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, p. 17.

³²⁵² FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 67.

³²⁵³ Avis du Défenseur des droits n° 17-04 du 20 février 2017, p. 7 : « Le but thérapeutique répond parfois à l'objectif de favoriser l'intégration de l'enfant dans sa famille, de ne pas le complexer et d'éviter la stigmatisation en lui construisant, par exemple, des organes génitaux conformes aux stéréotypes du corps et sexe masculin ou féminin ».

³²⁵⁴ MONEY John, *Man and Woman, Boy and Girl : Gender identity from conception to maturity*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1972.

³²⁵⁵ CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning designing sex », *op. cit.*, p. 337.

³²⁵⁶ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 81.

sexuée sont fortement « phallogocentés », le sexe féminin n'étant choisi que par « défaut »³²⁵⁷. L'assignation au sexe féminin se fait toutefois également selon les attentes sociales quant à la fonction du corps féminin, à savoir la capacité à porter un enfant³²⁵⁸. Le traitement chirurgical permet ainsi de maintenir le genre, entendu dans ses deux acceptions, à la fois comme système de division binaire entre les sexes et comme processus d'assignation des rôles sociaux sexués. Cette construction « physique » de la bicatégorisation est elle-même avalisée par le droit, qui cautionne les opérations de conformation sexuée malgré leur caractère mutilant.

950. **Des traitements médicaux avalisés par le droit.** Le juge civil, le juge pénal et le juge administratif semblent admettre la licéité des opérations de conformation sexuée, car, si les atteintes à l'intégrité physique sont normalement prohibées tant par le droit civil³²⁵⁹, que pénal³²⁶⁰, la responsabilité des médecins³²⁶¹ pratiquant ces opérations n'a jamais été mise en cause en France dans ce contexte³²⁶². Sur le plan pénal, il apparaît en effet difficile d'établir l'élément intentionnel requis pour caractériser l'infraction, si l'on admet que le médecin ayant pratiqué l'opération n'ait pas eu l'intention de causer un dommage³²⁶³; quant aux atteintes involontaires à l'intégrité physique, les conditions pour engager la responsabilité – à savoir avoir provoqué la mort, des violences entraînant une incapacité de travail supérieure à trois mois, ou de moins de trois mois s'il y a eu violation manifestement délibérée d'une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou un règlement – ne semblent pas non plus pouvoir être remplies³²⁶⁴. En droit pénal³²⁶⁵, comme en droit civil³²⁶⁶, il est en outre admis qu'il peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain « en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans

³²⁵⁷ CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning designing sex », *op. cit.*, p. 337.

³²⁵⁸ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 81.

³²⁵⁹ Article 16-1 du Code civil, alinéa 1 et 2 : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable ».

³²⁶⁰ Pour les atteintes volontaires à l'intégrité physique : article 222-9 du Code pénal : « Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amendes ». Voir notamment, s'agissant de la castration : Cass. crim., 16 novembre 2004, *Droit pénal*, 2005, p. 22 : « À supposer, comme le soutient le moyen, que le fait de castrer un enfant de quatre ans, ne caractérise pas à l'égard de l'accusé le crime visé dans l'arrêt d'actes de barbarie ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, il n'en constituerait pas moins le crime de violences ayant entraîné une mutilation, infraction commise sur un mineur de quinze ans et avec usage d'une arme ». Constitue également une mutilation l'ablation du clitoris (Cass. crim., 20 août 1983, *Bull. crim.*, n° 229). Pour les atteintes involontaires à l'intégrité physique : article 221-6, 221-19 et 221-20 du Code pénal.

³²⁶¹ Prévue, en cas de faute, par l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique.

³²⁶² MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, p. 26.

³²⁶³ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire pour le Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 42.

³²⁶⁴ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, *op. cit.*, p. 43.

³²⁶⁵ Les juges de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ont jugé, dès 1990, que l'article 309 du Code pénal (remplacé par la loi n° 921336 du 16 décembre 1992) qui condamne les coups et violences ayant entraîné une maladie ou une incapacité totale de travail personnel pendant plus de huit jours ne s'appliquait pas aux actes chirurgicaux. En effet, la responsabilité pénale des chirurgiens ne peut être recherchée sur ce terrain, dès lors qu'un intérêt thérapeutique est démontré. Ainsi, selon la Cour d'appel, le chirurgien qui a procédé à l'ablation de l'appareil génital masculin du patient dans le cadre d'une opération de réassignation sexuelle et qui cause volontairement une atteinte à l'intégrité physique du patient, a agi dans l'exercice normal de sa profession et ne s'est pas rendu coupable de délit de blessures volontaires (CA Aix-en-Provence, 23 avril 1990, n° 1990-604889).

³²⁶⁶ Article 16-3 du Code civil.

l'intérêt thérapeutique d'autrui»³²⁶⁷, avec le « consentement de l'intéressé » lorsque celui-ci est en état de consentir. Le droit de la responsabilité semble ainsi ne pas permettre de sanctionner les opérations de conformation sexuée, dès lors qu'il est majoritairement admis que celles-ci répondent à une nécessité thérapeutique et sont pratiquées dans l'intérêt des personnes intersexes. Tout l'enjeu réside donc dans l'appréciation selon laquelle il en va de l'intérêt du « patient ». La doctrine traditionnelle considère traitements médicaux et en particulier des opérations chirurgicales visant la conformation sexuée des intersexes comme licites, car justifiés dans l'intérêt du « malade » comme réponse à une nécessité thérapeutique³²⁶⁸. La chirurgie correctrice de l'« anomalie » sexuée permet, selon cette conception, de révéler – et non de créer – le « vrai » sexe³²⁶⁹, celui qui permet « à ces personnes de s'intégrer à la société et de vivre comme des êtres humains en parfaite santé, aux plans tant physique que psychologique »³²⁷⁰. Le rapport du Conseil d'État sur la révision de la loi de bioéthique est sur ce point éloquent : les opérations de conformation sexuée sont clairement considérées comme « favorisant le bon déroulement du processus d'éducation de l'enfant [...]. Les actes de conformation visant à faire correspondre l'apparence des organes génitaux des nouveaux nés aux stéréotypes masculin ou féminin garantirait aux parents une sérénité leur permettant d'élever leur enfant dans les meilleures conditions »³²⁷¹.

951. Toutefois, une autre partie de la doctrine interroge de plus en plus la licéité de telles opérations, sur le plan civil, car elles ne rempliraient pas les conditions posées par l'article 16-3 du Code civil. Sur le plan pénal, le juge a du reste déjà sanctionné des opérations de réassignation sexuée pratiquées sur une personne transsexuelle et engagé la responsabilité pénale du médecin qui avait agi non pas dans l'intérêt thérapeutique du patient, mais pour satisfaire sa curiosité scientifique : l'atteinte à l'intégrité physique n'était dès lors justifiée par aucune nécessité médicale, et a été par conséquent qualifiée de « violences volontaires avec préméditation »³²⁷². S'agissant des intersexes, la question de la « finalité thérapeutique » de l'opération de conformation sexuée se pose particulièrement, dans la mesure où l'intersexuation ne conduit pas forcément à un état

³²⁶⁷ Cette formulation ne date toutefois que de 2004 : article 9 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, modifiant la formulation retenue par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

³²⁶⁸ RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit », *op. cit.*, p. 657 et 659.

³²⁶⁹ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, *op. cit.*, p. 483.

³²⁷⁰ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 66.

³²⁷¹ Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 135.

³²⁷² CA Aix-en-Provence, 23 avril 1990, n° 1990-604889. Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi formé par le chirurgien (Cass. Crim., 30 mai 1991, n° 90-84420).

« pathologique ». Le phénomène d'intersexuation est considéré par des médecins³²⁷³, des biologistes³²⁷⁴ et des juristes³²⁷⁵, comme une « variation naturelle » du processus de sexuation – à l'instar, par exemple, de la stérilité – et non comme une « maladie » qu'il convient de traiter. De ce point de vue, « ce ne sont pas ces individus qui sont “anormaux”, mais bien le cadre conceptuel de la bicatégorisation dans lequel on veut les faire entrer »³²⁷⁶. Certains auteurs avancent que, comme toute variation du génotype chez les êtres vivants, l'intersexuation serait normale et pourrait même comporter des avantages pour l'espèce³²⁷⁷. Certes, certaines formes d'intersexuation – l'hypospadias par exemple – présentent « des complications qui requièrent des mesures médicales, car elles peuvent représenter un risque vital (insuffisance surrénalienne ou perte de sel, par exemple) ou être associées à un risque accru de cancer »³²⁷⁸. La majorité des états intersexués ne provoquent cependant pas, en tant que tels, de souffrance chez les individus³²⁷⁹. La chirurgie ne répond donc pas à un but thérapeutique, mais « est de type cosmétique, conçue pour obtenir un résultat social : remodeler un corps sexuellement ambigu pour qu'il soit conforme à notre système bisexué »³²⁸⁰. Or, comme l'affirme Benjamin Moron-Puech, le droit français retient plutôt habituellement une conception centrée sur la souffrance ressentie par l'individu – et non une conception « normative » de celle-ci – au sens où c'est la société qui décide de l'état pathologique³²⁸¹. Dès lors, au regard de la définition de la maladie retenue en droit français, les états intersexués ne sauraient être qualifiés de « pathologies » dès lors que les individus n'auraient pas exprimé de souffrance vis-à-vis de cet état. On pourrait néanmoins arguer que, si l'intersexuation ne provoque pas en tant que telle, dans la plupart des cas, de souffrance physique, elle conduit à des souffrances psychologiques dues notamment aux difficultés d'intégration de l'enfant intersexe dans une société construite sur le modèle de la binarité des sexes³²⁸². Toutefois, une telle souffrance proviendrait non pas de la personne intersexe – ne serait-ce qu'en raison de son âge – mais de son environnement ; or, « une conception rigoureuse de la pathologie implique que la souffrance ressentie par l'individu trouve son origine directe dans le corps de l'individu –

³²⁷³ Voir par exemple le point de vue du psychiatre Erik Schneider cité par BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport précité, p. 18 : « Ce que la médecine juge être des “anomalies” pourrait au contraire être considéré de manière positive comme de simples variations ».

³²⁷⁴ PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, FONTON Michèle, « Sexe biologique et sexe social », *op. cit.*, p. 34.

³²⁷⁵ Par exemple REIGNÉ Phillippe, « Sexe, genre et état des personnes », *op. cit.*, p. 1888.

³²⁷⁶ PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, FONTON Michèle, « Sexe biologique et sexe social », *op. cit.*, p. 34.

³²⁷⁷ CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning designing sex », *op. cit.*, p. 332.

³²⁷⁸ VIALLA François, « Substitution à l'état civil de la mention “sexe neutre” à celle de “sexe masculin” », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2295.

³²⁷⁹ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, p. 19.

³²⁸⁰ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 105.

³²⁸¹ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, p. 18.

³²⁸² Avis du Défenseur des droits n° 17-04 du 20 février 2017, p. 7 : « Le but thérapeutique répond parfois à l'objectif de favoriser l'intégration de l'enfant dans la famille, de ne pas le complexer et d'éviter sa stigmatisation en lui construisant, par exemple, des organes génitaux conformes aux stéréotypes du corps masculin ou féminin ».

comme le souligne le Conseil d'État³²⁸³ – et non dans la perception de ce corps par l'environnement où évolue cet individu »³²⁸⁴, car cela conduirait à une définition trop large de la notion de « pathologie ». De ce point de vue donc, l'état d'intersexuation ne peut en lui-même être qualifié de « pathologique », ce qui permet de considérer les atteintes à l'intégrité physique provoquées par les opérations des personnes intersexes sans nécessité médicale, au regard des buts fixés par l'article 16-3 du Code civil, et donc illicites.

952. De plus, même dans le cas où l'on admettrait le caractère pathologique de l'intersexuation, les moyens employés pour faire cesser la « souffrance », soit les traitements médicaux de conformation sexuée, apparaissent disproportionnés par rapport au but visé, car ils sont eux-mêmes source de souffrances, tant physiques que psychologiques. Ainsi, le traitement administré au fœtus intersexe *in utero* n'est pas sans risque³²⁸⁵, puisque « les tests de diagnostic comportent 1 % à 2 % de risques d'induire une fausse couche et le traitement a des effets secondaires sur la mère et l'enfant »³²⁸⁶. La chirurgie de conformation sexuée est quant à elle particulièrement lourde, certains, notamment des personnes intersexes ayant subi ces opérations, mais aussi des organismes européens et internationaux de protection des droits de l'homme, la qualifiant de « mutilation génitale »³²⁸⁷. Le juge civil a pu lui-même employer le terme d'« opération castratrice » pour désigner une opération de conformation sexuée pratiquée sur un enfant intersexe âgé d'un an³²⁸⁸. L'opération peut conduire à une désensibilisation importante des zones érogènes, des douleurs et des cicatrices³²⁸⁹, lors notamment de la réduction du clitoris pour construire un sexe féminin ou lors des sutures et greffes de peau pour construire un pénis « normal » en cas d'hypospadias³²⁹⁰. La fabrication d'une cavité vaginale est en particulier source de souffrance, tant

³²⁸³ Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Rapport précité, p. 135 : « Encore faut-il, pour que soit établie la finalité thérapeutique d'un acte médical visant à conformer les caractéristiques des organes génitaux afin de favoriser le développement social d'un individu, qu'une souffrance soit vécue et donc exprimée par ce dernier ».

³²⁸⁴ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, p. 19.

³²⁸⁵ *Ibid.*, p. 22 : « De récentes études (Dreger, 2012) ont en effet souligné que de tels traitements augmentaient sensiblement le risque de développer après la naissance une maladie cardio-vasculaire. Fait rarissime, cette conclusion a conduit une équipe suédoise, ayant mis en place une étude pour évaluer les effets de la dexaméthasone, à arrêter cette étude en cours de route, compte tenu des dangers qu'elle faisait peser sur les participants au protocole de recherche recevant de la dexaméthasone (Hirvikoski et al., 2012) ».

³²⁸⁶ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 77 : « La mère peut prendre beaucoup de poids, souffrir d'hydropisie, d'hypertension et de diabète, avoir plus de vergetures, une pilosité accrue sur le visage, se montrer plus émotive. L'effet sur le métabolisme fœtal est inconnu, mais une étude récente rapporte des effets négatifs, comme un défaut de croissance et un retard psychomoteur ».

³²⁸⁷ BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport précité, p. 29. Voir : Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur la promotion de l'égalité des genres en matière de santé mentale et de recherche clinique (2016/20196/INI) ; Résolution 1952 (2013) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ; Comité des droits de l'homme contre la torture de l'ONU, Observations finales concernant le 7^e rapport périodique pour la France (CAT/C/FRA/CO/7), juin 2016 ; Comité des droits de l'enfant de l'ONU, Observations finales concernant le 5^e rapport périodique pour la France (CRC/C/FRA/CO/5), février 2016.

³²⁸⁸ TGI de Nanterre, 1^{er} juin 1999, cité par CA Versailles, 22 juin 2000, n° 1999-7799.

³²⁸⁹ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 105.

³²⁹⁰ *Ibid.*, p. 84.

physique que psychologique, même après l'opération, « dans la mesure où les parents devront dilater le pseudo-vagin durant toute l'enfance avec un dilateur », certains qualifiant une telle pratique de « viol incestueux imposé par le corps médical »³²⁹¹.

953. Le « succès » de telles opérations pratiquées à la naissance est en outre remis en question, dans la mesure où, d'une part, le résultat ne ressemble pas toujours à un sexe masculin ou féminin « normal »³²⁹² et nécessite le plus souvent des réinterventions et, d'autre part, l'assignation à un sexe à la naissance peut ne pas correspondre à l'identité de genre développée à l'adolescence ou à l'âge adulte, pouvant causer des souffrances psychologiques. Plusieurs cas illustrent ainsi l'échec des opérations de conformation sexuée prises en charge par John Money, dont celui, emblématique, de David Reimer : dans les années 1960, un garçon qui avait perdu son pénis à l'âge de sept mois lors d'une circoncision avait subi une intervention pour devenir une fille, Money estimant que l'enfant développerait une identité féminine si les parents l'élevaient comme une fille. Néanmoins, à l'âge adulte, David Reimer choisit de subir « une ablation des seins suivie d'une reconstruction de son pénis, il était marié et vivait avec une femme, servant de père à ses enfants »³²⁹³, refusant ainsi l'assignation sexuée artificielle qui avait été décidée pour lui peu après sa naissance³²⁹⁴. Mais la souffrance psychologique « qu'a représentée pour lui l'obligation de vivre dans un corps qu'il ne ressentait pas comme étant le sien » l'a poussé à se suicider à 38 ans³²⁹⁵. Pratiquées à la naissance de l'enfant ou peu après, ces opérations apparaissent comme mutilantes, sources de souffrances tant physiques que psychologiques³²⁹⁶, et n'offrent pas toujours les résultats escomptés. Pour ces souffrances qu'elles entraînent, elles vont à l'encontre, comme le remarquent certains auteurs³²⁹⁷, du principe de proportionnalité prévu à l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique, qui exige de respecter, pour chaque acte médical, la balance entre les bénéfices escomptés et les risques encourus³²⁹⁸. Elles semblent également contrevenir aux règles de déontologie médicale prévues par le Code de la santé publique, qui interdisent aux médecins

³²⁹¹ GUILLOT Vincent, « Intersexes : ne pas avoir le droit de dire ce que l'on ne nous a pas dit que nous étions », *Nouvelles Questions féministes*, Vol. 27, 2008/1, p. 42.

³²⁹² GUILLOT Vincent, « Me dire simplement », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, op. cit., p. 298.

³²⁹³ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, op. cit., p. 93.

³²⁹⁴ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Conseil de l'Europe, juin 2015, p. 19.

³²⁹⁵ BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport précité, p. 45.

³²⁹⁶ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », op. cit., p. 21.

³²⁹⁷ VIALLA François, « Substitution à l'état civil de la mention "sexe neutre" à celle de "sexe masculin" », op. cit., p. 2295.

³²⁹⁸ Article L. 1110-5 du Code de la santé publique.

de faire courir des risques injustifiés à leurs patients³²⁹⁹, ainsi que de pratiquer des interventions mutilantes pratiquées sans motif médical très sérieux et sans le consentement du patient³³⁰⁰.

954. Par conséquent, les mécanismes juridiques du droit de la responsabilité pourraient en théorie permettre de remettre en cause la licéité des opérations de conformation sexuée. Mais ces mécanismes apparaissent ineffectifs dans ce contexte, car l'intersexuation demeure appréhendée par le droit comme une pathologie qu'il convient de traiter. Le droit avalise ainsi encore à l'heure actuelle la licéité des traitements médicaux de conformation sexuée et la normalisation des corps intersexués, certains textes juridiques allant même jusqu'à « encourager »³³⁰¹ le recours à ces pratiques médicales³³⁰².

955. Un récent rapport parlementaire³³⁰³, ainsi que le Défenseur des droits³³⁰⁴, soulignent néanmoins une prise de conscience du corps médical s'agissant du traitement de l'intersexuation : depuis quelques années, selon les médecins interrogés, les opérations de conformation sexuée pratiquées dès la naissance ne seraient plus réalisées de façon systématique, même si une telle évolution n'est pas généralisée à l'ensemble des médecins. À l'heure actuelle, il n'y a donc pas de consensus au sein du milieu médical : certains prônent la chirurgie dès la naissance, d'autres estiment préférable d'attendre que l'enfant s'oriente de lui-même vers une identité de genre, quand d'autres préconisent de retarder l'opération jusqu'à ce que l'enfant soit capable d'exprimer son consentement³³⁰⁵ – cette dernière position étant celle du Conseil d'État³³⁰⁶. Dans tous les cas cependant, la suppression totale d'un traitement de conformation sexuée et l'acceptation de l'intersexuation en tant que variation naturelle demeurent difficilement envisageables. L'assignation obligatoire à l'un des deux sexes prévue par le droit implique en effet que la « vérité » de la binarité sexuée soit rétablie dans les corps. De même, l'existence d'une procédure

³²⁹⁹ Article L. 4127-40 du Code de la santé publique.

³³⁰⁰ Article L. 4127-41 du Code de la santé publique.

³³⁰¹ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, p. 21 : « D'abord, l'existence des actes médicaux de conformation sexuée est encouragée par le § 55 de la circulaire [...]. Ensuite, ces traitements sont indirectement encouragés par la CCAM, document établi par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie, laquelle est “un établissement public national à caractère administratif [...] soumise au contrôle des autorités compétentes de l'État”. En effet, nous avons vu que la CCAM ne subordonnait la prise en charge des actes médicaux de conformation sexuée à aucune exigence thérapeutique, ce qui contribue à faciliter les actes médicaux de conformation sexuée illicites ».

³³⁰² Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation précitée, point 55 : « Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical ».

³³⁰³ BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport précité, p. 48.

³³⁰⁴ Avis du Défenseur des droits n° 17-04 du 20 février 2017, p. 5.

³³⁰⁵ CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning designing sex », *op. cit.*, p. 339.

³³⁰⁶ Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Rapport précité, p. 139 : « Lorsque le mineur n'est pas apte à exprimer sa volonté, seul un “motif médical très sérieux” peut justifier que, sans attendre que l'enfant soit en âge de participer à la décision, un acte médical portant gravement atteinte à son intégrité corporelle soit mis en œuvre ; si le caractère très sérieux d'un tel motif n'est pas établi, il convient d'attendre que le mineur soit en état de participer à la décision, et notamment de faire état de la souffrance qu'il associe à sa lésion et de moduler lui-même la balance avantage-risque de l'acte envisagé ».

de rectification du sexe à l'état civil, ouverte aux intersexes qui auraient été assignés au « mauvais » sexe à la naissance, montre également que le maintien de la cohérence du système de bicatégorisation implique la concordance entre le sexe juridique, d'une part, et le sexe biologique et psychosocial, d'autre part.

B. La procédure de rectification du sexe juridique pour rétablir le « vrai » sexe

956. Tout comme les traitements médicaux de conformation sexuée avalisés par le droit, la procédure de rectification du sexe permet de maintenir l'idée d'une vérité de la division binaire entre les sexes, occultant les situations intersexes. Il s'agit, cette fois-ci, non pas de modifier le sexe physique pour le faire entrer dans l'une des deux catégories du masculin et du féminin, mais de modifier le sexe juridique déclaré sur les actes d'état civil afin que celui-ci corresponde au sexe physique masculin ou féminin. La procédure de rectification est sous-tendue par l'idée de l'existence d'un vrai sexe – et donc de la réalité de la binarité des sexes –, car elle vise à revenir sur une « erreur » et se distingue, en cela, de la procédure de changement de sexe.

957. **La rectification admise sous réserve de la preuve d'une « erreur » lors de l'inscription du sexe à l'état civil.** Le Code civil admet depuis sa création, aux termes des articles 99 et de l'ancien article 855 du Code de procédure civile (aujourd'hui l'article 1047), que les actes d'état civil puissent être rectifiés, par le président du tribunal, en cas d'erreur sur certains éléments de l'état des personnes. Déjà au XIX^e siècle, il était admis que le sexe puisse faire partie des éléments pouvant être soumis à cette procédure de rectification. Le doyen Jalabert décrit ainsi en 1872 la possibilité d'introduire devant le président du tribunal une action en rectification de l'acte de naissance en cas d'« erreur de la nature », en prenant « en grande considération » « l'opinion de la personne du sexe de laquelle il s'agit et celle de ses parents »³³⁰⁷. Il s'agit clairement pour Jalabert d'une « action tendant au rétablissement du vrai sexe »³³⁰⁸. C'est pourquoi elle est également ouverte au ministère public³³⁰⁹ : l'ordre public est en effet, selon lui, directement en jeu lorsqu'un individu investit le rôle social du sexe qui lui a été attribué de façon erronée à la naissance, alors qu'il a développé l'apparence physique de l'autre sexe³³¹⁰. Car si l'attribution « d'un sexe qui n'est pas le sien » n'est pas un « délit » condamnable sur le terrain pénal, « il y a cependant là une prétention contraire à la morale, à l'honnêteté publique, à la

³³⁰⁷ JALABERT Philippe, « Examen doctrinal de jurisprudence civile », *op. cit.* p. 133.

³³⁰⁸ *Ibid.*, p. 135.

³³⁰⁹ Une loi de 1919 conforte cette position en inscrivant dans le Code civil la possibilité pour le Ministère public d'agir en rectification d'état civil (Loi du 20 novembre 1919 relative aux actes et jugements d'état civil, *JORF* du 21 novembre 1919, p. 13118) ; voir CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 40.

³³¹⁰ JALABERT Philippe, « Examen doctrinal de jurisprudence civile », *op. cit.* p. 135.

volonté du législateur» mettant en jeu «les intérêts sociaux les plus élevés»³³¹¹. La rectification des erreurs quant à la mention du sexe à l'état civil est par conséquent nécessaire pour préserver la cohérence de la binarité sexuée, qui implique la concordance entre le sexe morphologique et le sexe juridique. Cette possibilité est prévue en droit positif par l'instruction relative aux actes d'état civil dès sa version d'origine en 1955 : les erreurs relatives à la mention du sexe ne «soulève[nt] aucune question relative à l'état des personnes» car l'acte est alors considéré comme «inexact dès l'origine»³³¹². Le «changement d'état» est ainsi conçu comme «l'enregistrement du sexe véritable»³³¹³.

958. Deux types d'erreurs peuvent ainsi donner lieu à des actions en rectification. Il peut s'agir en premier lieu d'une omission ou à une erreur «grossière, évidente, manifeste»³³¹⁴ de transcription de la part de l'officier d'état civil, une «erreur de plume» courante³³¹⁵, qui n'implique pas forcément de question liées à l'intersexuation. Les tribunaux admettent de longue date aisément ce type de rectification, la «notoriété» de l'appartenance de la personne intéressée à l'autre sexe étant suffisante pour procéder à la rectification, qui substitue alors la «vérité à une erreur»³³¹⁶. En second lieu, l'erreur peut résulter de cas d'intersexuation et là encore, deux hypothèses peuvent être distinguées. Soit le sexe est déterminé à la naissance sur le fondement des organes génitaux externes, le cas échéant avec l'avis d'un médecin qui choisit le sexe le plus probable, mais l'apparence physique évolue au cours de la vie de l'enfant et ne correspond dès lors plus au sexe mentionné à l'état civil. Soit les critères biologiques du sexe ne permettent pas de déterminer le sexe du nouveau-né, en raison des «bégalements de la nature», et dans ce cas, aucune mention du sexe n'est indiquée sur l'acte de naissance³³¹⁷, jusqu'à ce qu'«avec l'âge et des traitements appropriés, l'anomalie [se résorbe] ou pour le moins, l'ambiguïté [s'estompe]»³³¹⁸. Pour ces deux cas de figure, la jurisprudence admet la rectification de l'acte de naissance pour

³³¹¹ *Ibid.*, p. 137.

³³¹² Instruction générale relative à l'état civil du 21 septembre 1955, paragraphe 152, *JORF* du 22 septembre 1955, p. 9340 à 9341. La version de 1959 précise qu'«il y a notamment lieu à rectification sur instruction du parquet [...] en cas d'erreur manifeste sur le sexe, le domicile ou la profession» (instruction générale relative à l'état civil modifiée au 5 février 1959, *JORF* du 5 février 1959, p. 1591).

³³¹³ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, *op. cit.*, p. 483

³³¹⁴ Conclusions du substitut FABRE, TGI de la Seine, 18 janvier 1965, *JCP*, 1965, II, p. 14421.

³³¹⁵ Trib. civ. Nîmes, 18 juin 1928, *La loi*, 23 mai 1929.

³³¹⁶ Voir par exemple CA Angers, 27 février 1846, *Recueil Dalloz*, 1846, II, p. 86 : «Attendu que le susdit acte de notoriété [...] atteste de la manière la plus expresse et la plus précise l'identité de ladite fille Serpin avec l'enfant inscrit le 12 novembre 1818 sur les registres de ladite commune, comme né [...] de sexe masculin sous les prénoms de Louis-François [...]. Qu'un pareil acte pourrait suppléer un acte de naissance qui manquerait totalement ; qu'à plus forte raison doit-il suffire pour une rectification qui n'a pour objet que de substituer la vérité à une erreur, dans un acte déjà existant» (nous soulignons). Voir dans le même sens : Trib. civ. de Quimper, 20 juillet 1931, *La loi*, 7 octobre 1931 ; CA Paris, 31 mai 1966, *RTD Civ.*, obs. NERSON ; Cass. 1^{ère} civ., 26 janvier 1983, n° 81-16795, *Recueil Dalloz*, 1983, II, p. 436.

³³¹⁷ Conclusion du substitut FABRE, TGI de la Seine, 18 janvier 1965, *JCP*, 1965, II, p. 14421.

³³¹⁸ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, *op. cit.*, p. 561.

substituer la mention du « vrai sexe » à l'absence de mention du sexe ou à la mention initiale erronée³³¹⁹.

959. Mais cette action en rectification est soumise à une double exigence de preuve : l'intéressé doit prouver « qu'il n'était pas, lors de la déclaration de naissance, véritablement de sexe masculin et qu'il présente à l'heure actuelle les attributs essentiels et naturels de l'autre sexe »³³²⁰. En effet, « la mention du sexe portée dans l'acte jouit d'une présomption de vérité et elle fait foi jusqu'à preuve du contraire »³³²¹. Bien que la preuve soit libre, les actions en rectification sont accueillies favorablement par les juges le plus souvent grâce aux expertises des médecins, ces « vérifications scientifiques »³³²² étant les mieux à même d'établir les erreurs passées et la « vérité » biologique du sexe³³²³. La recherche de la « vérité » du sexe peut aller jusqu'à exiger une intrusion importante la vie privée des individus, en particulier lorsque c'est le ministère public qui intente l'action en rectification. Pour Jalabert, le refus d'un individu de se soumettre à un examen médical pour « découvrir » son vrai sexe justifie même l'emploi « de mesures coercitives », car « on ne saurait logiquement exclure d'une manière absolue l'emploi des moyens indispensables pour arriver à la découverte de la vérité »³³²⁴.

960. En générant l'idée que l'« erreur » a eu lieu lors de l'inscription de la mention du sexe à la naissance de la personne intersexe, le droit produit par conséquent la fiction de l'existence d'un « vrai » sexe qui est toujours déjà là et dont la procédure de rectification permet d'en révéler l'existence juridique³³²⁵. La procédure de rectification permet ainsi de maintenir la cohérence de la

³³¹⁹ Dans une affaire jugée par le Tribunal de Corbeil en 1915, un enfant avait « paru » à sa naissance et jusqu'à ses dix-huit ans être du sexe masculin, mais des doutes s'étaient élevés quant à ses organes sexuels « si peu caractéristiques » du sexe masculin. Des médecins se sont alors prononcés en faveur du sexe féminin, de sorte que ses prénoms ont été modifiés et toute son éducation a été refaite : « L'habituer aux vêtements féminins, modifier sa coiffure, lui apprendre à coudre, à mener un ménage, à exercer une profession conforme aux bienséances de son nouveau sexe et différente de celle qu'elle avait exercée jusque-là ». À l'appui du certificat délivré par un professeur de médecine légale attestant que l'intéressée était « bien une fille et non un garçon », le Tribunal a dès lors enjoint la modification de son acte de naissance (Trib. Corbeil, 15 juillet 1914, *La loi*, 17 au 20 juillet 1915, obs. Édouard LEVY). Voir, dans le même sens, Trib. civ. Ambert, 15 avril 1923, *La loi*, 9-12 novembre 1924 ; Trib. civ. Soissons, 25 juillet 1945, *Gazette du Palais*, 30 octobre 1945, *RTD Civ.*, 1946, p. 26, obs. Gaston LAGARDE : « La rectification est justifiée, la demanderesse étant incontestablement du sexe masculin » ; TGI de Marseille, 2 février 1973, mentionné dans TGI Marseille, 27 janvier 1982, *JCP*, 1983, II, 20029, *RTD Civ.*, 1983, p. 737, obs. Roger NERSON.

³³²⁰ TGI de la Seine, 18 janvier 1965, *JCP*, 1965, II, 14421.

³³²¹ Conclusion du substitut FABRE, TGI de la Seine, 18 janvier 1965, *JCP*, 1965, II, 14421.

³³²² JALABERT Philippe, « Examen doctrinal de jurisprudence civile », *op. cit.* p.134.

³³²³ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 41. Dans une affaire datant de 1966, la Cour d'appel de Paris a ainsi infirmé le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de la Seine, qui avait rejeté la demande gracieuse en rectification formée par une femme dont l'acte de naissance mentionnait le sexe masculin, refusant d'admettre une requête qui dépassait la simple erreur matérielle. Le juge d'appel s'est appuyé sur le rapport rendu par trois experts attestant d'une possible erreur au moment de la déclaration de naissance de l'intéressé : les juges ont ainsi conditionné la recevabilité de la requête à la preuve de l'erreur au moment de la naissance, mais également à la preuve de l'existence au moment de la demande d'un « appareil génital féminin apte à la fécondation » (CA Paris, 31 mai 1966, *JCP*, 1966, II, 14723). Voir dans le même sens : CA Paris, 8 décembre 1967, *JCP*, 1968, II, 15518, *RTD Civ.*, 1968, p. 536 ; obs. Roger NERSON.

³³²⁴ JALABERT Philippe, « Examen doctrinal de jurisprudence civile », *op. cit.* p. 136.

³³²⁵ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, *op. cit.*, p. 560.

binarité des sexes³³²⁶, en empêchant la reconnaissance juridique de l'intersexuation. De surcroît, l'idée d'une « vérité du sexe » est renforcée par le fait que le droit distingue entre les actions en rectification visant à rétablir la vérité du sexe et les actions visant à prendre en compte un changement de sexe.

961. **La distinction entre rectification et changement de sexe comme maintien de l'idée de l'existence d'un vrai sexe.** Le droit distingue entre, d'une part, les actions en rectification des actes d'état civil, qui visent à réparer une erreur et ont dès lors un effet rétroactif (article 99 du Code civil) et, d'autre part, les actions d'état, qui ont pour objet de modifier pour l'avenir un élément de l'état des personnes, permettant de faire droit aux demandes des personnes transsexuelles ayant modifié leur sexe morphologique (article 61-5 du Code civil³³²⁷). S'agissant de la procédure, la différence entre les deux types d'action est « loin d'être négligeable »³³²⁸ puisque l'action en rectification doit être engagée par voie de requête devant le président du tribunal de grande instance, alors que l'action d'état doit faire l'objet d'une procédure contentieuse³³²⁹. Les juges ont longtemps veillé à bien maintenir cette distinction entre rectification et modification du sexe, conduisant à préserver l'idée que l'action en rectification rétablit le « vrai sexe », qui échappe à l'individu, contrairement à l'action d'état qui prend en compte les changements de sexe opérés de façon artificielle.

962. Jusque dans les années 1980, seules les actions en rectification visant à rétablir la vérité du sexe sont considérées comme légitimes, en raison de « la règle de l'indisponibilité de l'état qui interdit à tout individu de modifier de sa propre initiative les éléments de son état »³³³⁰. Le jugement rendu en 1965 par le Tribunal de grande instance de la Seine marque bien cette opposition entre la légitimité de l'action en rectification et l'illégalité de l'action en modification du sexe. Dans cette affaire, un individu déclaré de sexe masculin sur son acte de naissance avait subi une opération à l'étranger qui lui avait permis d'acquérir « tous les caractères secondaires du sexe féminin, ainsi qu'un appareil génital externe qui lui permettait d'avoir des rapports sexuels

³³²⁶ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 45.

³³²⁷ Article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³³²⁸ GUEZ Philippe, « Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite », *JCP*, n° 39, 26 septembre 2001, II, 10595.

³³²⁹ CA Amiens, 1^{ère} civ., 4 octobre 1976, *JCP*, 1978, IV, p. 317 : « Si la procédure de rectification d'un acte d'état civil à laquelle peut donner naissance la constatation d'une erreur matérielle évidente dont ledit acte serait entaché doit être engagée par voie de requête devant le président du tribunal de grande instance selon les règles énoncées par l'article 99 du Code civil et l'article 855 de l'ancien Code de procédure civile, il convient au contraire d'engager une procédure contentieuse lorsqu'il est à prévoir que l'erreur invoquée par le demandeur donnera lieu à discussion sur sa réalité et que la rectification sollicitée aboutira, si elle est prescrite, à modifier un élément essentiel de l'état de la personne intéressée. En particulier, le sexe est un élément fondamental de l'état des personnes et une demande tendant à pourvoir un individu d'un sexe autre que celui déclaré à son état civil, hors le cas d'une erreur matérielle évidente du déclarant ou de l'officier d'état civil, constitue une action en réclamation d'état. C'est en conséquence à juste titre que le demandeur a engagé une procédure contentieuse en vue d'obtenir la rectification de son acte d'état civil quant à son sexe déclaré, dès lors que la détermination de son sexe réel à sa naissance pouvait donner lieu à discussion préalable ».

³³³⁰ RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit », *op. cit.*, p. 654.

normaux en tant que femme»³³³¹. L'expert estimait qu'avant cette opération, l'intéressé était un «sujet de sexe masculin normalement constitué», de sorte que son cas relevait du transsexualisme et non de l'intersexuation. Il ne remplissait dès lors pas toutes les conditions de preuve susmentionnées pour admettre la rectification de son état civil; s'il présentait, en effet, au moment du jugement «les attributs essentiels et naturels» du sexe féminin, il était cependant «lors de la déclaration de naissance, véritablement» de sexe masculin. Les juges insistent bien sur l'impossibilité, lors d'une action en rectification, de prendre en compte les «modifications corporelles artificielles» contraires au droit pénal³³³². Pour le substitut du procureur Fabre, la différence des sexes est indisponible : «Il est formellement interdit de fausser par quelque moyen que ce soit le jeu naturel de la différenciation des sexes». Le rejet de la modification d'état montre que l'action en rectification n'est conçue par les juges que pour rétablir la vérité «naturelle» du sexe. Dans les années 1970, les juges veillent à «démasquer» les transsexuels qui se feraient passer pour des intersexes dans le but d'obtenir un changement de sexe à l'état civil au moyen d'une action en rectification³³³³. Afin de préserver la fiction de la division binaire des sexes, les juges doivent dès lors trouver un équilibre entre le rejet des actions en modification et l'admission des actions en rectification. En effet, la crainte de voir la différence des sexes mise à mal par la banalisation du changement de sexe ne saurait pour autant empêcher les actions en rectification, qui permettent précisément d'aligner le sexe juridique avec le «vrai» sexe d'origine.

963. La préservation de la distinction entre action en rectification et action d'état est par conséquent essentielle pour maintenir l'idée d'une différence binaire naturelle entre les sexes échappant à la volonté individuelle. Elle apparaît clairement dans une affaire jugée par la Cour de cassation en 1983 : si le juge d'appel a estimé que l'action introduite par la demanderesse en première instance, tendant à faire reconnaître son sexe féminin, constituait une action d'état, le juge de cassation a quant à lui affirmé «que l'action qui lui était soumise n'avait pour objet que de réparer une erreur sur le sexe et une omission quant au prénom, prétendument commises par l'officier d'état civil, lors de l'inscription sur les registres de la reconnaissance souscrite le 27 mai 1948 et ne s'analysait ni en une action relative à la véracité ou au caractère mensonger de la filiation résultant de cette reconnaissance, ni en une demande tendant à suppléer un acte de l'état

³³³¹ TGI de la Seine, 18 janvier 1965, *JCP*, 1965, II, 14421, conclusions FABRE.

³³³² Jugement précité : «Le respect des principes d'indisponibilité de l'état des personnes et les dispositions légales réprimant certaines atteintes à l'intégrité corporelle conduisent à refuser de tenir compte des modifications corporelles artificielles qui auraient eu pour effet de dénaturer le sexe normal et primitif d'un individu, sans lui conférer pour autant le sexe opposé».

³³³³ TGI Paris, 7 décembre 1982, *Gazette du Palais*, 1983-J, p. 603 à 610. BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, op. cit., p. 483 : «Un transsexuel pourrait être tenté de se faire passer pour un intersexuel physique afin d'obtenir du juge une décision favorable. Il n'est pas exclu qu'il triche. L'expertise judiciaire systématiquement ordonnée démasquera la supercherie».

civil»³³³⁴. Le rétablissement de la vérité du sexe nécessite d'admettre l'action en rectification, tout en maintenant le processus de bicatégorisation hors de portée de la volonté individuelle.

964. Le juge civil, à partir des années 1980 – 1992 pour la Cour de cassation –, commence toutefois à ouvrir les actions de modification d'état civil aux transsexuels – bien que ces actions soient alors soumises à la condition d'irréversibilité de l'apparence physique³³³⁵. La distinction entre action en rectification et action en modification perd dès lors de son importance, puisque le changement de la mention du sexe à l'état civil est désormais ouvert tant aux intersexes qui s'estiment victimes d'une erreur lors de leur naissance qu'aux transsexuels souhaitant volontairement changer de sexe³³³⁶. La distinction entre les deux types d'action est du reste devenue ténue, puisqu'une personne intersexe peut aussi introduire une demande de changement de sexe, si elle remplit les conditions³³³⁷ désormais posées par l'article 61-5 du Code civil³³³⁸. Dans un arrêt rendu en 2000 par la Cour d'appel de Versailles, il est ainsi difficile de déterminer quel est le type d'action en jeu. Il s'agissait dans cette affaire d'un enfant déclaré de sexe masculin à la naissance, mais qui était porteur « d'une anomalie du gène récepteur aux androgènes [...] lequel présente une mutation génétique qui a empêché le développement normal de l'appareil génital masculin »³³³⁹. À la suite de l'échec du traitement médical visant la stimulation des hormones masculines et à l'intervention effectuée afin de féminiser son corps, ses parents ont demandé que ses prénoms et son sexe soient modifiés sur ses documents d'état civil, afin que l'enfant soit considéré juridiquement comme étant de sexe féminin. Les juges de première instance ont rejeté leur demande, en se fondant tant sur une définition chromosomique du sexe – découlant sur l'appartenance de l'enfant au sexe masculin – que sur l'intangibilité du sexe, qui « ne saurait être modifié dans un sens, puis le cas échéant dans l'autre, en fonction des évolutions successives de l'organisme et du psychisme de son titulaire »³³⁴⁰. La Cour d'appel a infirmé le jugement en faisant droit à la demande formée par les parents.

965. Dans cette affaire, les commentateurs se trouvent divisés concernant la qualification de l'action, ce qui souligne une opposition idéologique quant à l'importance du maintien de l'action

³³³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 26 janvier 1983, n° 81-16795.

³³³⁵ Cf. partie II, titre I, chapitre II.

³³³⁶ HAUSER Jean, « Incertitudes *ab initio* sur le sexe : rectification d'état civil », *RTD Civ.*, 2001, p. 849.

³³³⁷ Pour rappel : article 61-5 du Code civil : « Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification. Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être : 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ».

³³³⁸ Avis du Défenseur des droits n° 17-04 du 20 février 2017, p. 11.

³³³⁹ CA Versailles, 22 juin 2000, n° 1999-7799.

³³⁴⁰ TGI de Nanterre, 1^{er} juin 1999, cité par CA Versailles, 22 juin 2000, n° 1999-7799.

en rectification comme rétablissant la « vérité » du sexe. Pour certains, il s'agit bien d'une action en rectification dans la mesure où l'instruction générale relative à l'état civil prévoit elle-même ce cas de figure : si le sexe est difficilement identifiable à la naissance, il convient tout de même de choisir le sexe le plus probable après avis médical, quitte à engager une procédure de rectification par la suite en cas d'erreur. Il y a bien, de ce point de vue, une erreur à rectifier, puisque l'enfant, « pseudo-hermaphrodite » à la naissance, n'est pas « véritablement » de sexe masculin. Aussi, dès l'instant que le changement de sexe échappe à la volonté individuelle et repose sur une vérité scientifique, corroborée par une expertise médicale, alors il s'agit bien d'une action en rectification et non d'une action d'état visant à changer le sexe à l'état civil³³⁴¹. Pour d'autres auteurs au contraire, la demande des parents accueillie par la Cour d'appel est une action d'état en changement de sexe, soit une modification de l'état de l'enfant et non la reconnaissance d'une erreur. En effet, d'abord, d'un point de vue procédural, la décision de première instance n'a pas été rendue par le président du tribunal – comme ce qui est prévu pour une action en rectification – mais par le tribunal lui-même dans sa formation contentieuse. Ensuite, la Cour d'appel admet que le sexe est susceptible d'évoluer, notamment au regard de sa composante psychosociale – même si dans cette affaire la dimension psychologique est douteuse car l'enfant est jeune – et repousse ainsi le principe de l'intangibilité de l'état civil ; or celui-ci ne concerne que les actions en changement de sexe³³⁴². En admettant le caractère évolutif du sexe, la Cour rejette par là même l'idée d'une « erreur », puisque l'enfant était bien de sexe masculin à la naissance (sexe chromosomique), celui-ci ayant par la suite évolué en sexe féminin (sexe morphologique et psychosocial).

966. Si la recherche d'une « vérité » du sexe à la naissance par une action en rectification semble, avec cette décision, perdre de l'importance, le juge n'assimile toutefois pas les actions intentées par les intersexes aux demandes formées par les transsexuels. En effet, en l'espèce, les juges conditionnent la demande à l'aspect « non volontaire » de la démarche, ce qui l'éloigne d'un simple changement de sexe désiré par un transsexuel. Ils insistent sur le fait que « la demande des parents de l'enfant ne résult[ait] pas d'une quelconque démarche volontaire et prédéterminée mais constitu[ait] l'aboutissement juridique d'une situation médicalement constatée et conseillée, en l'état des données scientifiques et des précédents familiaux »³³⁴³. C'est bien parce que le changement de sexe n'est pas guidé par une approche volontaire – et ne relève donc pas du transsexualisme – et qu'il s'impose au regard de la science que les juges admettent la demande.

³³⁴¹ HAUSER Jean, « Incertitudes *ab initio* sur le sexe : rectification d'état civil », *op. cit.*, p. 849.

³³⁴² GUEZ Philippe, « Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite », *op. cit.*

³³⁴³ CA Versailles, 22 juin 2000, n° 1999-7799.

Par conséquent, si l'action accueillie en l'espèce ne s'apparente pas à une action en rectification, car il n'y a pas de recherche du « vrai » sexe d'origine, le raisonnement des juges conforte tout de même la logique binaire – et la normalisation des corps –, car elle tend à la recherche du « bon » sexe, à savoir celui qui correspond à l'évolution physique de l'individu et qui s'impose à lui.

967. À travers les règles et la jurisprudence relatives à l'état civil, le droit contribue donc à la construction d'une *vérité* de la division binaire entre les sexes. Celle-ci résulte non seulement de l'assignation obligatoire à la naissance de chaque individu au sexe masculin et au sexe féminin, mais elle va de plus jusqu'à appuyer la normalisation des corps et des situations juridiques des individus qui, biologiquement, menacent de remettre en cause la logique binaire. Le droit est en cela producteur du genre, entendu comme le système de bicatégorisation sexuée, car la différence binaire entre les sexes est appréhendée comme une donnée naturelle, allant de soi, et donc légitime, et non comme une distinction qu'il s'agirait d'interroger sur le terrain de la non-discrimination. En considérant la division entre hommes et femmes prévue par les règles d'état civil en dehors même du principe d'égalité, les acteurs du droit renforcent ainsi la légitimité du système de bicatégorisation sexuée.

Section II. La résistance du droit français à considérer la division binaire des sexes comme discriminatoire

968. La bicatégorisation par sexe a été construite par le droit de l'état civil comme une distinction évidente et légitime, car reposant sur une différence conçue comme naturelle. Elle n'est dès lors soumise à aucun contrôle de justification au regard du principe d'égalité, alors même que, paradoxalement, le sexe fait historiquement partie des premiers critères de discrimination prohibés par le droit français³³⁴⁴. Toutefois, avec la montée en puissance du droit de la non-discrimination depuis les années 2000, la légitimité de la bicatégorisation par sexe commence aujourd'hui à être interrogée, pour deux raisons principales.

969. Premièrement, la bicatégorisation sexuée apparaît de moins en moins nécessaire et justifiée – alors que toute différence de traitement fondée sur le sexe est censée poursuivre un but légitime au regard des principes d'égalité et de non-discrimination. En effet, les catégories juridiques sont utiles lorsqu'elles permettent l'application d'un régime juridique distinct selon chaque catégorie. Or, si les catégories juridiques de sexe pouvaient apparaître dans le passé comme nécessaires pour préserver des différences de traitement – inégalitaires – entre les femmes et les hommes, l'effacement progressif des différences de traitements entre les sexes aboutit aujourd'hui à ébranler la pertinence de la catégorisation par sexe.

970. Deuxièmement, on peut considérer qu'«une classification est mauvaise, si elle empêche un classement rationnel, soit parce qu'il serait impossible de classer tous les objets, soit parce certains objets appartiendraient aux deux classes à la fois»³³⁴⁵. La pertinence de la bicatégorisation par sexe peut, de ce point de vue, être remise en cause, car elle ne permet pas de classer tous les individus en hommes ou en femmes, certains se trouvant dans des situations d'intersexuation. L'irrationalité de cette classification est d'autant plus contestable qu'elle concerne des individus qui subissent des exclusions ou des atteintes engendrées par le processus de normalisation. Or, une différenciation entraînant des exclusions et des désavantages pour un groupe d'individus ne pourrait-elle pas être qualifiée de discrimination ?

971. En dépit d'une interrogation croissante de la légitimité de la classification par sexe à l'état civil aux niveaux institutionnel et doctrinal (I), ni le législateur ni le juge n'ont pourtant remis en

³³⁴⁴ Pour rappel, la loi Auroux de 1982 insère dans le Code du travail l'article L. 122-45 qui dispose qu'«aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses» (loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *JORF* du 6 août 1982, p. 2519, nous soulignons).

³³⁴⁵ HAMON Francis, TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 38^e éd., 2017, p. 122, à propos de la classification des régimes politiques (régime parlementaire et régime présidentiel).

cause la bicatégorisation par sexe – et encore moins sur le terrain de la non-discrimination – lorsqu'ils ont eu à se prononcer sur la création d'un « troisième sexe » à l'état civil (II).

I. Le caractère discriminatoire de la bicatégorisation par sexe à l'état civil mis en exergue aux niveaux institutionnel et doctrinal

972. Tant une partie de la doctrine ainsi que certaines institutions – s'appuyant sur le droit comparé – commencent à considérer la bicatégorisation par sexe à l'état civil comme discriminatoire. En effet, pour qu'une différenciation juridique selon le sexe soit légitime au regard des principes d'égalité et de non-discrimination, elle doit, en droit français, poursuivre un objectif d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit et, en droit européen, poursuivre un objectif légitime avec des moyens proportionnés au but visé³³⁴⁶. Or, ce sont à la fois l'objectif de la différenciation entre les sexes à l'état civil et ses effets qui sont aujourd'hui en question. En ce sens, la bicatégorisation obligatoire est analysée à travers une « méthode fonctionnelle »³³⁴⁷ qui implique d'interroger sa fonction : « La nécessité de mentionner le sexe de la personne dans l'état civil ne devrait s'imposer que si la différence des sexes emporte l'application d'un régime juridique particulier »³³⁴⁸.

973. Les arguments sur ce point sont partagés : pour certains, la différenciation entre les sexes ne répond à aucun objectif légitime et, surtout, les moyens pour atteindre ces objectifs sont disproportionnés, en ce qu'ils entraînent des désavantages pour les personnes intersexes ; pour d'autres, la bicatégorisation par sexe demeure nécessaire en droit français, certaines règles juridiques étant elles-mêmes sexuées, ne serait-ce que pour lutter contre les inégalités de fait³³⁴⁹. Il s'agit ainsi de discuter les différents arguments en présence s'agissant, d'une part, de la légitimité de l'objectif de la classification sexuée (A) et, d'autre part, de la proportionnalité des moyens répondant à cet objectif (B).

³³⁴⁶ *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, 2010, p. 52 : « Afin de justifier une différence de traitement, il convient de démontrer : que la disposition ou la pratique litigieuse poursuit un objectif légitime ; que le moyen choisi pour atteindre cet objectif (c'est-à-dire la mesure qui conduit à la différence de traitement) est proportionnée et nécessaire à la réalisation de cet objectif. Afin de déterminer si la différence de traitement est proportionnée, le juge doit s'assurer : que l'objectif visé ne peut pas être atteint à l'aide d'un autre moyen portant moins atteinte au droit à l'égalité de traitement ; autrement dit, que le désavantage subi correspond au plus faible niveau possible du préjudice devant être occasionné pour parvenir au but recherché ; que l'objectif poursuivi est suffisamment important pour justifier qu'il soit ainsi porté atteinte au principe de l'égalité de traitement ».

³³⁴⁷ MORON-PUECH Benjamin, « Rejet du sexe neutre : une "mutilation juridique" ? », *op. cit.*, p. 1404.

³³⁴⁸ GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *op. cit.*, point 5.

³³⁴⁹ Cf. partie II, titre I.

A. La fonction de la classification par sexe interrogée

974. La différenciation entre les sexes dans les actes d'état civil apparaît de moins en moins utile, dans la mesure où le droit des personnes n'est, en grande partie, plus déterminé par l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. La classification par sexe par l'état civil poursuit néanmoins encore pour beaucoup un but légitime. Il ne s'agit pas ici de porter un jugement de valeur sur la légitimité des buts de la mention du sexe, mais de retracer les différentes fonctions de cette classification avancées en particulier par la doctrine.

975. **Des régimes juridiques indifférenciés selon le sexe.** L'application de régimes juridiques différenciés selon le sexe rend, jusqu'à la fin du XX^e siècle, nécessaire la distinction juridique entre les femmes et les hommes dans les actes d'état civil. La mention du sexe à l'état civil a alors une fonction bien précise, celle de déterminer les droits et devoirs applicables, en fonction du sexe, en matière de droits civiques, de droits civils, d'accès aux fonctions publiques ou à l'emploi. Cela explique l'importance donnée à la recherche d'une définition du sexe au XIX^e et au début du XX^e siècle. En effet, « la question des critères du sexe est redoutable, dans une société où elle détermine qui peut ou non participer à l'élection et être élu, qui peut ou non se marier et avec qui, qui va partir au front ou rester au foyer »³³⁵⁰. Parallèlement, les juristes se soucient de remédier au problème juridique posé par l'intersexuation, afin d'éviter une transgression des normes de genre prévues par le droit. Pour le juriste du début du XX^e siècle Wilhelm, par exemple, les hermaphrodites sont, comme les femmes, exclus des droits civiques et des fonctions militaires, car seuls les hommes sont en droit de les exercer ; aussi, « si une personne, soi-disant du sexe mâle, a embrassé une de ces vocations et si plus tard on découvre que le sexe mâle lui a été attribué par erreur, cette personne est obligée d'abandonner ses fonctions »³³⁵¹. La détermination du sexe sur les actes d'état civil et la procédure de rectification en cas d'erreur sur le sexe permettent ainsi de maintenir l'assignation inégalitaire des rôles sociaux masculins et féminins, préservée par des régimes juridiques différenciés selon le sexe.

976. Cependant, à la suite du mouvement d'indifférenciation – de « déssexualisation »³³⁵² ou plutôt « déssexuation » – des règles juridiques au regard du sexe, ayant eu lieu dans la seconde moitié du XX^e siècle, les conséquences juridiques découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ont pratiquement toutes disparu³³⁵³. Certains soulignent en effet le « germe d'une

³³⁵⁰ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 30.

³³⁵¹ WILHELM Eugène, « L'hermaphrodite et le droit », *op. cit.*, p. 285.

³³⁵² GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *op. cit.*, point 6.

³³⁵³ Ce constat était déjà effectué par Michèle-Laure Rassat en 1984 (« Sexe, médecine et droit », *op. cit.*, p. 668).

indifférenciation complète» des normes juridiques au regard du sexe, qui « pourrait conduire à ce que la mention du sexe à l'état civil devienne superflue »³³⁵⁴. Pourquoi dès lors, comme s'interrogent beaucoup d'auteurs, la mention du sexe à l'état civil devrait-elle encore subsister ? : « Avec le temps, l'identification sexuelle est devenue inutile, tout en étant fort difficile à établir »³³⁵⁵. La question de la pertinence de la catégorisation juridique au regard du sexe biologique se pose d'autant plus que sa fonction sociale connaît elle-même un affaiblissement : les rôles traditionnels de genre sont de moins en moins rattachés à l'appartenance biologique à un sexe. La mention du sexe à l'état civil apparaît toutefois encore nécessaire, tant parce qu'elle conserve une fonction d'identification des individus par l'État, que parce qu'un certain nombre de règles de droit demeurent sexuées, en particulier celles instaurant des actions positives.

977. **La légitimité du maintien de la mention du sexe à l'état civil.** La classification des individus par sexe par l'état civil est majoritairement perçue comme poursuivant un but légitime – bien que sa justification soit rarement apportée, tant elle relève de l'évidence, et encore moins au regard du principe d'égalité. L'identité sexuée est en effet tantôt « l'effet » de certaines règles de droit – l'identification par l'état civil – tantôt leur « condition d'application » – les régimes juridiques sexués³³⁵⁶. D'abord, même si certains soulignent que le « sexe ne permet pas de localiser la personne, ni réellement de le distinguer d'autrui »³³⁵⁷ et que d'autres éléments permettent une meilleure identification des personnes³³⁵⁸, la fonction d'identification des individus par l'État semble ne pas pouvoir se passer du sexe, tant celui-ci apparaît comme un élément déterminant de l'identité³³⁵⁹. Ensuite, la mention du sexe « continue à produire un certain nombre d'effets » juridiques³³⁶⁰, au moins dans trois cas de figure. C'est le cas, premièrement, en matière de procréation et de filiation où la sexuation des énoncés juridiques dénote la prise en compte des différences biologiques entre les sexes³³⁶¹. Deuxièmement, la mention du sexe à l'état civil remplit également un rôle de « police civile »³³⁶², dans la mesure où certaines règles sexuées ont pour fonction de maintenir « l'ordre dans les rapports sociaux auquel il serait peut-être regrettable de

³³⁵⁴ DUVERT Cyrille, « L'homme et la femme dans le Code civil ou la dialectique du donné et du construit », in BLOCH Pascale, DUVERT Cyrille et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, *op. cit.*, p. 35.

³³⁵⁵ LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes du sexe », *op. cit.*, p. 20.

³³⁵⁶ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, point 13.

³³⁵⁷ *Ibid.*, point 21.

³³⁵⁸ BYK Christian, « Quelle place pour un “troisième sexe” en droit positif? Le droit français à l'aune du droit comparé », *op. cit.*, p. 190 : « La fonction de police civile est désormais assurée par des systèmes bien plus efficaces que la mention du sexe, en particulier la biométrie dont le rôle a été amplifié par l'arrivée du passeport biométrique. Une photographie ou une empreinte digitale sont bien plus identificatrices que la simple mention du sexe ».

³³⁵⁹ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 39.

³³⁶⁰ *Ibid.*, p. 30.

³³⁶¹ Cf. partie II, titre II, chapitre II.

³³⁶² MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, *op. cit.*, p. 59.

renoncer»³³⁶³, en prévoyant un principe de non-mixité. Le droit pénitentiaire prévoit en ce sens que les femmes détenues sont surveillées par des personnes de leur sexe, que les femmes et les hommes sont incarcérés dans des établissements différents et que, lorsque les établissements sont mixtes, «toutes dispositions doivent être prises pour qu'il ne puisse y avoir aucune communication entre les uns et les autres»³³⁶⁴. Bien qu'une telle séparation fasse rarement l'objet d'une justification explicite³³⁶⁵, les discours institutionnels mentionnent la particulière vulnérabilité des femmes détenues, tant par rapport aux hommes détenus que vis-à-vis des hommes surveillants³³⁶⁶, qui semble justifier le maintien de la non-mixité – ainsi que de certaines règles spécifiques, notamment quant à une «prise en charge sanitaire adaptée aux besoins des femmes»³³⁶⁷. La sexuation des énoncés des statuts des fédérations sportives sert également à maintenir un principe de non-mixité dans le sport³³⁶⁸ – qui n'est d'ailleurs prévu ni par le législateur ni par le pouvoir réglementaire. Cette séparation, au sein de la plupart des disciplines³³⁶⁹, des équipes féminines et masculines au niveau des clubs ou des compétitions, n'est jamais considérée comme une discrimination et est rarement justifiée, tant il relève de l'évidence qu'hommes et femmes sont inégaux sur le plan physique³³⁷⁰. Elle permet, là encore, de maintenir l'ordre sexué en préservant «une véritable concurrence entre les participants»³³⁷¹.

978. On assiste surtout, troisièmement, à une «resexuation» des règles de droit dans le cadre de la lutte contre les inégalités de fait, qui rend nécessaire, selon certains auteurs, le maintien de l'identification des individus selon leur sexe par les documents d'état civil. Le bénéfice des mesures de parité, en particulier, suppose de «pouvoir faire facilement la preuve de son état»³³⁷². Pour d'autres, cependant, la prise en compte du sexe de la personne pour lutter contre les

³³⁶³ LIBCHABER Rémy, «Les incertitudes du sexe», *op. cit.*, p. 20.

³³⁶⁴ Annexe à l'article R. 57-6-18 du Code de procédure, modifié par le décret n° 2013-368 du 30 avril 2013 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires.

³³⁶⁵ ANDRÉ Michèle, *Les femmes dans les lieux de privation de liberté*, Rapport d'activité fait pour l'année 2009 au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, enregistré à la présidence du Sénat le 11 décembre 2009, p. 113.

³³⁶⁶ *Ibid.*, p. 111 : «Les femmes détenues semblent particulièrement sensibles au problème de la pudeur, du respect de la dignité et du souci de soi. Le respect de la dignité des femmes détenues doit être un souci permanent, dans la mesure où certaines situations, notamment les consultations médicales ou les fouilles, peuvent être traumatisantes».

³³⁶⁷ Article 47 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

³³⁶⁸ Pour un exemple parmi beaucoup d'autres : article 33 des règlements généraux de la Fédération française de football : «1. Toutes les Ligues régionales sont tenues d'organiser des épreuves officielles masculines de jeunes. Les clubs de division supérieure Senior des Ligues doivent obligatoirement engager une équipe au moins dans l'une de ces épreuves régionales. 2. Toutes les Ligues régionales sont tenues d'organiser des épreuves officielles féminines jeunes et Senior».

³³⁶⁹ Au regard des règlements de la Fédération française d'équitation et la Fédération française de pétanque, les compétitions organisées dans ces disciplines peuvent être mixtes.

³³⁷⁰ BOHUON Anaïs, «Activités – Compétitions sportives – “Test de féminité” : vide juridique et bouleversement de l'ordre sportif», *op. cit.*, p. 42.

³³⁷¹ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, *op. cit.*, p. 59.

³³⁷² GUEZ Philippe, «Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ?», *op. cit.*, point 12.

inégalités n'implique pas obligatoirement la bicatégorisation par sexe à l'état civil³³⁷³. Le droit français prévoit, en effet, de lutter contre les discriminations relatives à la race ou à la religion sans que ces éléments soient mentionnés sur les actes d'état civil³³⁷⁴. Un contre-argument est toutefois opposé à cette position : la race ou la religion ne sont concernées que par les discriminations « négatives » et ne font pas l'objet en France de « discriminations positives ». Or, en matière de discrimination « négative », « la victime n'a pas à prouver qu'elle fait partie de la catégorie des personnes protégées », « ce qui importe, c'est que l'auteur de la discrimination ait cru que la victime présentait telle ou telle qualité », tandis qu'en matière d'action positive, « la personne qui en bénéficie doit bien, d'une manière ou d'une autre, faire la preuve de son état »³³⁷⁵. On pourrait encore opposer à ce contre-argument le fait qu'aux États-Unis, le droit prévoit des discriminations positives fondées sur la race sans que l'état civil ou les documents d'identités des individus mentionnent leur appartenance raciale ; il pourrait, dès lors, en être de même en France s'agissant des actions positives relatives au sexe. Mais ce raisonnement se heurte au fait que, contrairement aux caractéristiques raciales qui sont nettement définies aux États-Unis – par le biais d'un recensement déterminant la « race » fondé en partie sur l'autodéclaration³³⁷⁶ – les caractéristiques sexuées permettant de distinguer un homme d'une femme ne sont pas clairement déterminées en France. Comment pourrait-on, sans l'identification par le sexe juridique, distinguer une femme d'un homme pour lui appliquer les bénéfices de la parité, alors que la jurisprudence connaît elle-même des difficultés à établir les critères de définition du sexe ? Faudrait-il se fonder sur les organes génitaux – ce qui pourrait poser problème, ceux-ci étant « cachés » et relevant de la sphère de l'intimité – l'apparence physique ou bien la seule identité de genre ? Les organes d'application des règles de parité se heurteraient dès lors aux mêmes problèmes que ceux rencontrés par les juges pour définir le sexe juridique.

979. Par conséquent, la classification par sexe poursuit, pour la majorité de la doctrine, un but légitime d'intérêt général, ne serait-ce que parce qu'elle permet l'instauration d'actions positives en faveur de l'égalité des sexes. Certains auteurs avancent tout de même que la mention du sexe sur les documents officiels n'est légitime « qu'autant que le titulaire de ces registres peut en avoir

³³⁷³ BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualités*, Anthémis/LGDJ, 2012, p. 23.

³³⁷⁴ VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *op. cit.*, p. 1399.

³³⁷⁵ GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *op. cit.*, point 13.

³³⁷⁶ SIMON Patrick, « La statistique des origines : l'ethnicité et la "race" dans les recensements aux États-Unis, Canada, Grande-Bretagne, *Sociétés contemporaines*, n° 26, 1997, p. 18-19 : « La liste des groupes "Hispaniques" et les "Asiatiques". Par conséquent, ces quatre groupes font l'objet d'un enregistrement particulier dans le recensement, soit sous la forme d'une question sur la "race", soit dans une formulation spéciale pour les "Hispaniques" ».

besoin pour mettre en œuvre une règle de droit sexuée»³³⁷⁷. Dès l’instant que la mention du sexe ne sert pas à mettre en œuvre des règles de droit dépendant de l’identité sexuée de l’individu, ou à permettre à l’individu de prouver son identité sexuée, alors elle ne poursuit aucun but légitime – ce qui est le cas documents d’identité qui ne sont que « très rarement utilisés pour apporter la preuve de l’identité sexuée »³³⁷⁸. La légitimité de la mention du sexe est ici appréciée, non pas de manière globale, mais au cas par cas selon la fonction de chaque document officiel.

980. Une telle appréciation au cas par cas de la pertinence de la mention du sexe n’est du reste pas ignorée du droit : le Conseil d’État a ainsi jugé que les informations relatives au sexe et à la nationalité des conjoints ou partenaires des agents de l’éducation nationale figurant sur la liste des données à caractère personnel de ces agents, étaient excessives au regard de la loi de 1978 relative à l’informatique et aux libertés³³⁷⁹. En effet, si le nom, le prénom, la date et le lieu de naissance des membres de la famille des agents sont jugés nécessaires et proportionnés car permettant aux agents de bénéficier des avantages liés à la situation de famille, aucune justification n’est rapportée s’agissant de la nécessité de mentionner le sexe de leurs conjoints ou partenaires. La protection de la vie privée des agents et de leurs conjoints quant à leur appartenance sexuée – et leur orientation sexuelle – l’emporte donc ici sur la fonction d’identification du sexe. Cet exemple ne concerne toutefois pas les documents d’état civil, comme l’acte de naissance, sur lesquels la mention du sexe continue d’être considérée comme ayant un but légitime d’identification et de preuve du « vrai » sexe.

981. Cela étant, même si l’on admet la nécessité de la classification par sexe à l’état civil, cela ne suffit pas à ce qu’elle échappe à la qualification de discrimination : encore faut-il qu’elle n’engendre pas d’effets disproportionnés par rapport au but visé.

B. Une classification disproportionnée au regard des désavantages touchant les intersexes

982. La bicatégorisation par sexe prévue par le droit de l’état civil peut apparaître disproportionnée par rapport aux buts qu’elle poursuit, dans la mesure où elle engendre des atteintes aux droits des personnes intersexes. La constitution des intersexes comme mouvement politique³³⁸⁰ a ainsi conduit certaines instances à reconnaître le caractère discriminatoire des désavantages engendrés par la bicatégorisation sexuée. Les solutions envisagées pour mettre fin à une telle discrimination sont néanmoins sujettes à controverse.

³³⁷⁷ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, point 22.

³³⁷⁸ *Ibid.*, point 24.

³³⁷⁹ CE, 28 mars 2014, n° 361042.

³³⁸⁰ FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l’épreuve de la science*, *op. cit.*, p. 104.

983. **Des atteintes aux personnes intersexes de plus en plus dénoncées sous l'angle de la non-discrimination.** Les traitements juridiques et médicaux subis par les personnes intersexes tendent à être aujourd'hui reconnus, au niveau institutionnel, comme des discriminations touchant cette catégorie précise de la population. Au niveau international et européen, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a rendu en 2015 un rapport prônant, à l'instar de l'Agence européenne des droits fondamentaux³³⁸¹ et du Comité des droits économiques sociaux et culturels de l'ONU³³⁸², la reconnaissance juridique des discriminations faites spécifiquement aux personnes intersexes. Le rapport se fonde sur les réformes juridiques entreprises par certains États ou régions autonomes, qui, d'une manière ou d'une autre, sanctionnent de telles discriminations³³⁸³. Il dénonce ainsi clairement le caractère discriminatoire des atteintes aux droits de l'homme subies par les personnes intersexes, en ce qu'elles visent uniquement cette partie de la population. L'article 14 de la Convention européenne (la clause de non-discrimination) est ici associé à différents droits protégés par la Convention, d'autant plus que la liste des critères de discrimination n'est pas exhaustive et comprend, selon le Commissaire, la protection des intersexes³³⁸⁴. Parmi les discriminations fortement dénoncées par les instances du Conseil de l'Europe figure la pratique des opérations chirurgicales d'assignation sexuée sans le consentement des personnes intersexes et sans nécessité médicale. Celles-ci sont considérées comme des traitements inhumains et dégradants discriminatoires contraires à l'article 3 de la Convention, car elles engendrent des souffrances physiques, psychologiques et une infertilité définitive. L'atteinte à l'intégrité physique des intersexes est également constitutive d'une violation de l'article 8 de la Convention, le droit au respect de la vie privée, de même que les atteintes à l'autodétermination de son identité sexuée, les opérations non souhaitées conduisant à imposer l'assignation un sexe³³⁸⁵. Le Commissaire aux droits de l'homme, à l'instar de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe³³⁸⁶ et du Parlement européen³³⁸⁷, recommande de mettre fin

³³⁸¹ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *The fundamental rights situation of intersex people*, avril 2015, p. 3.

³³⁸² Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, Observation générale n° 20, *La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (article 2 paragraphe 2 du PIDESC)*, (E/C12/GC/20), 2 juillet 2009, point 32.

³³⁸³ Certains d'entre eux, tels que l'Afrique du Sud ou l'Allemagne, ont simplement étendu aux personnes intersexes la protection contre les discriminations fondées sur le sexe ; d'autres, comme la Finlande, l'Écosse ou la Communauté basque espagnole, ont interprété le critère de l'identité de genre comme protégeant les intersexes contre les discriminations. L'Australie et Malte ont été plus loin en donnant une visibilité particulière aux personnes intersexes : leurs législations reconnaissent respectivement comme discriminatoires les traitements infligés à des personnes en raison de leur « statut intersexe » et de leurs « caractéristiques sexuelles ». Pour le Conseil de l'Europe, cette solution est préférable, car « d'un côté, elle joue un rôle éducatif pour la société dans son ensemble, de l'autre, elle apporte une visibilité à ce groupe marginalisé » (Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Rapport précité, p. 49).

³³⁸⁴ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Rapport précité, p. 29.

³³⁸⁵ *Ibid.*, p. 33. Le droit à la santé, prévu notamment par les articles 11 et 13 de la Charte sociale européenne, est également mis à mal par les « traitements et interventions forcés et non consentis qui ont des conséquences négatives, tout au long de la vie, sur la santé physique et mentale de ces personnes » et par le défaut d'accès « à des services généraux de santé qui soient appropriés, adéquats et respectueux de leur diversité corporelle », d'autant plus lorsque ces atteintes sont portées à des enfants intersexes incapables de consentir.

³³⁸⁶ Article 7.5.3 de la Résolution 1952 (2013) du 1^{er} octobre 2013 sur le droit des enfants à l'intégrité physique.

aux traitements chirurgicaux de normalisation ou tout du moins de les différer jusqu'à ce que la personne intéressée soit susceptible d'exprimer son consentement libre et éclairé³³⁸⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs condamné les opérations chirurgicales stérilisantes conditionnant le changement de sexe pour les transsexuels, en raison de l'absence de consentement réel³³⁸⁹, ce qui revient à condamner indirectement les opérations non consenties subies par les intersexes.

984. Cette position favorable au consentement des personnes intersexes a été réitérée en France en 2017 dans un avis du Défenseur des droits³³⁹⁰ ainsi que dans le rapport parlementaire relatif aux variations du développement sexuel³³⁹¹. Le rapport français ne qualifie toutefois pas de discriminations les traitements médicaux subis par les personnes intersexes et n'aborde pas la question de la création d'un critère de discrimination spécifique à ces dernières. Seules les atteintes à la vie privée touchant les personnes intersexes obligées de révéler leur situation³³⁹² et les abus qu'elles vivent dans leur vie quotidienne, en particulier dans l'accès au sport ou à la santé³³⁹³, sont considérées dans le rapport comme des discriminations. Les sénatrices reprennent ici les termes du rapport du Commissaire aux droits de l'homme, qui qualifie de discriminatoires les préjugés, le harcèlement et les violences dont peuvent être victimes les personnes intersexes à l'école ou au travail, ou encore le refus de soin qui leur est parfois opposé dans le milieu médical ; sur ce point, « les personnes intersexes peuvent être exposées à une discrimination indirecte en raison de directives sexospécifiques précisant que certains traitements médicaux ne peuvent être appliqués qu'à l'un ou l'autre sexe (traitement du cancer de l'ovaire, par exemple), et ce sans égard pour les personnes intersexes qui, bien qu'enregistrées sous un autre sexe, ont besoin d'être soignées »³³⁹⁴. Le Commissaire aux droits de l'homme apparaît ainsi plus enclin que les institutions françaises à appréhender tous les désavantages subis par les personnes intersexes, y compris les opérations chirurgicales d'assignation sexuée, sous l'angle du droit de la non-discrimination. Néanmoins, pour appliquer le principe de non-discrimination en raison du sexe, il conviendrait d'abord de penser les intersexes comme des personnes *qui ont un sexe* ; les instances

³³⁸⁷ Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur la promotion de l'égalité des genres en matière de santé mentale et de recherche clinique, BC : « Considérant que les personnes intersexuées victimes de mutilation génitale souffrent également des conséquences sur leur santé physique, psychologique, sexuelle et génésique » ; point 61 : « Invite les États membres à prévenir, interdire et sanctionner les mutilations génitales féminines ainsi que les mutilations génitales subies par les personnes intersexuées et à fournir aux victimes et aux individus susceptibles d'être concernés une aide psychologique, associée à des soins physiques ».

³³⁸⁸ Rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes* précité, p. 34.

³³⁸⁹ CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c/ Turquie*, n° 14793/08 ; CEDH, 6 avril 2017, *A. P., Nicot et Garçon c/ France*, n° 79885/12, n° 52471/13, n° 52596/13, point 131.

³³⁹⁰ Avis du Défenseur des droits n° 17-04 du 20 février 2017, p. 9.

³³⁹¹ BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport précité, p. 88.

³³⁹² *Ibid.*, p. 69.

³³⁹³ *Ibid.*, p. 67.

³³⁹⁴ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Rapport précité, p. 46.

européennes comme françaises demeurent cependant ambiguës sur le point de savoir s’il faudrait créer un nouveau critère de discrimination (à l’instar de « l’identité de genre ») ou bien étendre la protection par l’application du critère du sexe³³⁹⁵.

985. C’est en tout état de cause moins la bicatégorisation sexuée qui est dénoncée comme discriminatoire que les atteintes disproportionnées aux droits des personnes intersexes qu’elle engendre. Pour remédier à ces atteintes, les institutions européennes et françaises ayant travaillé sur la question intersexe sont en accord sur l’illicéité des traitements chirurgicaux d’assignation sexuée non consentis, sur l’évolution positive des pratiques médicales³³⁹⁶ et sur les solutions à apporter pour réparer les atteintes à l’intégrité physique subies par les personnes intersexes : elles prônent davantage la création d’un fonds d’indemnisation, pour réparer les préjudices subis, que la mise en œuvre de la responsabilité individuelle des médecins qui ont pratiqué ces traitements³³⁹⁷. En revanche, les solutions proposées pour reconnaître juridiquement les personnes intersexes et mettre fin aux exclusions ne font pas consensus.

986. **Des solutions pour reconnaître juridiquement les intersexes en débat.** Si la division binaire à l’état civil et sur les documents d’identité commence à être formulée comme productrice de discriminations, les institutions et la doctrine travaillant sur la question restent divisées sur la manière de mettre fin à la bicatégorisation sexuée. Une première solution conduirait à maintenir la bicatégorisation, tout en prévoyant un assouplissement considérable des règles relatives au changement de la mention du sexe à l’état civil et sur les documents d’identité³³⁹⁸, ce qui a été fait avec la loi sur la modernisation de la justice de 2016. La priorité est donnée au droit au respect de sa vie privée en garantissant l’autodétermination de son sexe, mais cela ne règle pas la question de la reconnaissance des personnes dont l’identité sexuée ne s’inscrit dans aucune des deux catégories existantes. Une autre solution serait de « maintenir la binarité en permettant que, dans le doute, la mention ne soit pas renseignée, définitivement ou temporairement, afin de laisser le temps à l’enfant d’atteindre le degré de maturité lui permettant de faire son choix »³³⁹⁹. Cette solution, adoptée par exemple aux Pays-Bas ou en Allemagne³⁴⁰⁰, a cependant l’inconvénient de

³³⁹⁵ *Ibid.*, p. 9 : « Les caractéristiques sexuelles devraient y figurer en tant que motif de discrimination interdit à part entière, ou, à tout le moins, le motif “sexe/genre” devrait être interprété d’autorité comme incluant les caractéristiques sexuelles ».

³³⁹⁶ *Ibid.*, p. 26 ; avis du Défenseur des droits n° 17-04 du 20 février 2017, p. 8.

³³⁹⁷ Avis du Défenseur des droits n° 17-04 du 20 février 2017, p. 4-5 ; BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport précité, p. 89 ; Commissaire aux droits de l’homme du Conseil de l’Europe, *Droits de l’homme et personnes intersexes*, Rapport précité, p. 56.

³³⁹⁸ BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport précité, p. 78.

³³⁹⁹ VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Hermès ou Aphrodite : puisqu’il faut choisir », *op. cit.*, p. 1399.

³⁴⁰⁰ Commissaire aux droits de l’homme du Conseil de l’Europe, *Droits de l’homme et personnes intersexes*, Rapport précité, p. 41 : « En Allemagne, l’instruction générale sur l’état civil adoptée en 2009 permettait de ne pas préciser le sexe/genre d’un nouveau-né intersexe jusqu’à ce qu’il soit déterminé, sachant qu’il était impossible de produire un acte de naissance pendant cette période.

perpétuer la stigmatisation des personnes intersexes et les atteintes à leur vie privée, dans la mesure où seules les personnes intersexes sont concernées par l'indétermination du sexe³⁴⁰¹.

987. Une position plus radicale consisterait à s'écarter du modèle binaire en créant une troisième catégorie de sexe à l'état civil et sur les documents d'identité, « sexe neutre » ou « X », ce qui permettrait de reconnaître explicitement le statut intersexe en remettant en cause le modèle binaire. Un nombre croissant d'États, dont l'Australie, la Malaisie, le Népal, le Pakistan, le Bangladesh, la Nouvelle-Zélande et l'Afrique du Sud, ont déjà autorisé, au nom de la lutte contre les discriminations³⁴⁰², de choisir d'indiquer la mention « X » sur les documents d'identité, tandis que l'Inde prévoit trois mentions, « masculin », « féminin » et « autre », sur le formulaire de demande de ces documents³⁴⁰³. Nombre d'auteurs ont néanmoins critiqué la création d'un « troisième sexe », en raison de son caractère stigmatisant. Elle pourrait être source de discriminations³⁴⁰⁴ pour cette catégorie « ultra-minoritaire »³⁴⁰⁵ qui se verrait alors assimilée à une « sous-humanité »³⁴⁰⁶, une « humanité de second ordre à personnalité juridique limitée »³⁴⁰⁷ ou encore une « classe de paria »³⁴⁰⁸.

988. Les solutions susmentionnées connaissent donc des limites car, même si elles interrogent la logique binaire en remettant plus ou moins en cause la bicatégorisation sexuée obligatoire, elles perpétuent la catégorisation juridique par sexe. La position la plus radicale reviendrait, par conséquent, à la suppression générale de toute catégorisation par sexe à l'état civil et sur les documents d'identité³⁴⁰⁹. Dans cette perspective, c'est la bicatégorisation en tant que telle qui constitue une discrimination et pas seulement les effets qu'elle engendre : la seule solution pour mettre fin à cette discrimination est donc de supprimer la classification par sexe. Mais la majorité de la doctrine³⁴¹⁰, ainsi que le Défenseur des droits³⁴¹¹ ou les parlementaires en charge de cette

Cette limitation a, selon certains, engendré des difficultés dans divers domaines : assurance maladie, prestations parentales, héritage, etc. Depuis l'adoption de la loi sur l'état civil de 2013, les enfants intersexes reçoivent désormais un acte de naissance. Si le diagnostic de DSD a été posé, le champ réservé au sexe/genre dans le registre des naissances est laissé vide. Autrement dit, la décision de détermination du sexe est laissée aux médecins, puis officialisée par la loi ».

³⁴⁰¹ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, point 17.

³⁴⁰² BYK Christian, « Quelle place pour un “troisième sexe” en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé », *op. cit.*, p. 180.

³⁴⁰³ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Rapport précité, p. 42.

³⁴⁰⁴ GUEZ Philippe, « Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite », *JCP*, n° 39, 26 septembre 2001, II, 10595.

³⁴⁰⁵ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, point 25.

³⁴⁰⁶ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, *op. cit.*, p. 552.

³⁴⁰⁷ NERSON Roger, RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTD Civ.*, n° 20, 1981, p. 847.

³⁴⁰⁸ CARBONNIER Jean, *Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, p. 503.

³⁴⁰⁹ BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit. De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence Revue critique*, 2011, p. 273.

³⁴¹⁰ Voir par exemple, GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *op. cit.* ; BYK Christian, « Quelle place pour un “troisième sexe” en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé », *op. cit.*, p. 189.

³⁴¹¹ Avis du Défenseur des droits n° 17-04 du 20 février 2017, p. 10.

question³⁴¹², s'opposent à la suppression totale de la mention du sexe, en raison de la légitimité des buts poursuivis par la classification par sexe, en particulier la lutte contre les inégalités de fait. Certains auteurs, tels que Benjamin Moron-Puech, adoptent une position atténuée en proposant la suppression de la mention du sexe non pas de façon généralisée, mais seulement dans les documents où une telle mention n'est nécessaire ni pour les tiers pour appliquer un régime juridique sexué, ni à titre individuel pour prouver son identité. C'est le cas par exemple de la carte nationale d'identité, des fiches personnelles détenues par les banques ou encore de la carte d'assurance maladie³⁴¹³. Certains documents officiels, tels que le permis de conduire, ne mentionnent du reste pas le sexe, la connaissance de ce dernier n'étant pas pertinente dans l'application des règles relatives à la conduite automobile. En revanche, la mention du sexe dans des documents comme le répertoire national d'identification des personnes physiques (NIR) conserverait une utilité pour l'État afin que celui-ci puisse appliquer « les règles sexuées qu'il édicte »³⁴¹⁴. En tout état de cause, la solution la plus respectueuse du droit à la vie privée serait, pour l'auteur, de prévoir une suppression « facultative » de la mention du sexe des documents d'identité – déjà prévue par le droit positif concernant le nom d'usage³⁴¹⁵ – ce qui permettrait à ceux pour qui le sexe a de l'importance de conserver cette mention³⁴¹⁶.

989. Mais si les positions quant à la manière de mettre fin à l'exclusion juridique des intersexes divergent, l'important reste que les effets discriminatoires de la bicatégorisation sexuée sont dénoncés de façon accrue, tant au niveau international et européen par les organismes de protection des droits de l'homme, qu'au niveau interne dans des rapports institutionnels et au sein d'une partie de la doctrine. Bien que la classification par sexe prévue par le droit apparaisse majoritairement poursuivre, en tant que telle, un but légitime, ses effets sont quant à eux considérés comme disproportionnés en raison des atteintes portées aux droits des personnes intersexes. Une telle prise de conscience a déjà conduit certains États à repenser la classification sexuée, en admettant l'existence juridique des personnes intersexes. Or, ni le législateur, ni le juge français n'entendent remettre en cause la bicatégorisation sexuée d'une façon ou d'une autre, en refusant de considérer la situation des intersexes sur le terrain du droit de la non-discrimination.

³⁴¹² BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport précité, p. 72.

³⁴¹³ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, point 22.

³⁴¹⁴ *Ibid.*, point 30.

³⁴¹⁵ Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985.

³⁴¹⁶ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, point 31.

II. L'absence de remise en cause la division binaire entre les sexes sur le terrain de la non-discrimination en droit positif français

990. La question du maintien de la bicatégorisation par sexe s'est récemment posée, tant devant le législateur que devant le juge, notamment en raison de la progression des revendications des personnes intersexes, rendant de moins en moins évidente et naturelle la division binaire entre les sexes. Néanmoins, non seulement cette question n'a pas été posée dans les termes de la non-discrimination, mais en outre, les acteurs juridiques ne se sont pas montrés enclins – voire se sont clairement opposés – à la remise en cause du bienfondé de la bicatégorisation. Le juge civil a expressément rejeté la création d'une mention du sexe neutre à l'état civil, sans même la considérer comme génératrice d'une exclusion susceptible d'être qualifiée de discrimination (A). La loi de 2016 autorisant le changement de sexe pour les personnes transgenres aurait pu être l'occasion pour le législateur de repenser la bicatégorisation à l'état civil ; elle a toutefois plutôt conduit à conforter le système de division binaire (A).

A. Le rejet de la création d'un sexe neutre à l'état civil sur le terrain judiciaire

991. Une affaire introduite devant le Tribunal de grande instance de Tours en 2015 et qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation en mai 2017, a été l'occasion pour le juge civil de se prononcer sur la reconnaissance du « sexe neutre » à l'état civil. La demande du requérant portait sur la substitution de la mention « sexe neutre » ou « intersexe » à celle de « sexe masculin » sur les registres de l'état civil. En effet, alors qu'il avait été déclaré de sexe masculin à la naissance, qu'il avait un caryotype XY et qu'il avait été élevé socialement comme un homme, il présentait néanmoins dès la naissance une variation du développement sexué rendant ses organes génitaux à la fois masculin et féminin et empêchant la production d'hormones sexuelles. Surtout, du point de vue du sexe psychique, il revendiquait lui-même une identité intersexuée, ne pouvant lui-même se sentir homme ou femme. Si les juges des différents degrés se sont opposés sur la réponse à apporter à une telle demande, force est de constater qu'aucun d'entre eux n'a examiné la demande sous l'angle de la non-discrimination, le requérant n'ayant pas soulevé ce fondement. Le fait que ce fondement n'ait même pas été mentionné révèle l'évidence avec laquelle la différence entre les deux sexes demeure appréhendée dans la construction juridique de la personne.

992. **La reconnaissance du sexe neutre limitée au cas d'espèce en première instance.** Le Tribunal de grande instance de Tours a accueilli la demande du requérant en admettant, pour la première fois, que la mention « sexe masculin » soit remplacée par celle de « sexe neutre » sur

l'acte de naissance³⁴¹⁷. Une telle décision est en effet inédite puisqu'elle fait droit non pas à une demande habituelle de rectification de l'état civil visant à rétablir le « vrai » sexe opposé – confortant la bicatégorisation – mais bien à une demande conduisant à la reconnaissance juridique de l'existence biologique de l'intersexuation. Elle remet ainsi en cause la binarité des sexes comme vérité biologique et juridique incontestable, en percevant les êtres intersexués comme « une manifestation de la diversité de la nature qui devraient, compte tenu de la rareté de leur condition, être protégés contre les tentations de la majorité de les rattacher aux sexes masculin et féminin »³⁴¹⁸.

993. Le requérant ne mobilise pourtant pas, à l'appui de son argumentation, le droit de la non-discrimination, qui aurait pu servir à contester la légitimité de la classification par sexes par les règles de l'état civil. Il souligne plutôt, d'une part, qu'aucune règle de droit, en particulier l'article 57 du Code civil, n'impose la règle de la binarité des sexes et, d'autre part, que l'imposition d'une identité sexuée masculine est contraire au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. S'agissant du premier argument, les juges estiment dans le même sens que rien ne s'oppose en droit interne à ce que la demande du requérant soit accueillie favorablement, pas même l'article 57 du Code civil, qui oblige à mentionner le sexe sur l'acte de naissance sans pour autant définir la classification des sexes à retenir. Le TGI de Tours revient ainsi sur certaines décisions de juges du fond qui imposaient, comme en 1974, l'assignation obligatoire au sexe masculin ou féminin, car une telle assignation est tout simplement impossible dans certains cas. Le sexe du requérant reste en effet ici indéterminé à l'âge adulte, tant sur le plan des organes génitaux que sur le plan psychosocial, comme en témoigne l'intéressé lui-même, son médecin, son psychothérapeute et ses proches. Le juge reconnaît dès lors que le requérant est biologiquement intersexe. La mention du « sexe neutre » permet dès lors de combler le vide juridique³⁴¹⁹ : l'état civil doit refléter cette situation d'indétermination permanente, au lieu de rattacher le requérant à un sexe masculin qui ne lui correspond pas.

³⁴¹⁷ TGI de Tours, 2^e chambre civile, 20 août 2015, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2295, note VIALLA François ; *AJ fam*, 2015, p. 613, obs. LE GAC-PECH Sophie ; *RTD civ.*, 2016, p. 77, obs. HAUSER Jean ; LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes du sexe », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 20.

³⁴¹⁸ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, point 3.

³⁴¹⁹ Les juges de 2015 considèrent en ce sens que l'article 57, ainsi que les circulaires relatives à l'état civil, laissent un « vide juridique », en ce qu'aucune disposition ne prévoit quelle mention du sexe attribuer dans le cas où, comme en l'espèce, le sexe de l'enfant demeure « indéterminé » après deux ans. En effet, si l'article 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 prévoit la possibilité, par exception, de ne pas déterminer le sexe de l'enfant « si dans certains cas exceptionnels le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né », jusqu'à ce que le sexe puisse « être déterminé définitivement dans le délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés », le TGI de Tours souligne que cette disposition n'évoque pas « la possibilité où le sexe de l'intéressé ne pourrait jamais être déterminé, ce qui est précisément le cas où se place X » (TGI de Tours, 2^e chambre civile, 20 août 2015, jugement précité).

994. Le rattachement au sexe masculin est en outre, aux yeux des juges, une « pure fiction » qui va à l'encontre de l'identité profonde de l'individu et contrevient dès lors à l'article 8 de la Convention européenne. Le juge fait ici prévaloir la conception psychologique du sexe – l'identité de genre – sur les autres éléments de définition du sexe. L'aspect physique masculin du requérant, obtenu de façon artificielle par des traitements hormonaux visant à traiter l'ostéoporose, ainsi que le sexe chromosomique masculin, ne l'emportent pas sur l'identité de genre « intersexuée », qui doit, selon les juges, être l'élément prédominant dans la définition juridique du sexe³⁴²⁰. La protection de l'identité de genre sur le fondement de l'article 8 de la Convention conduit ainsi les juges à la reconnaissance d'un « sexe neutre », afin d'éviter une ingérence arbitraire dans le droit au respect de la vie privée du requérant comprenant l'autonomie personnelle.

995. Il ne faudrait cependant pas se méprendre sur la portée de la décision de 2015 : si le Tribunal de Tours admet la rectification de l'état civil du requérant par la mention du sexe neutre, il précise bien que cette solution ne vise qu'à s'adapter à la situation exceptionnelle du requérant et ne tend en aucun cas à « reconnaître l'existence d'un quelconque “troisième sexe” » de façon générale. Une telle reconnaissance n'appartient pas au juge et serait de surcroît stigmatisante pour les intersexes. Pour les juges, la demande ne heurte ainsi « aucun obstacle juridique afférent à l'ordre public » – soit le principe d'indisponibilité de l'état des personnes – « dans la mesure où la rareté avérée de la situation dans laquelle il se trouve ne remet pas en cause la notion ancestrale de binarité des sexes »³⁴²¹. Par conséquent, « il ne s'agit ici aucunement de “faire du sexe un élément soumis à la pure autonomie de la volonté”, mais bien de constater l'artifice d'un rattachement à l'un ou l'autre des deux sexes »³⁴²² dans le cas d'espèce. Pour le Tribunal donc, la bicatégorisation par sexe par le droit demeure une classification généralement incontestable, fondée sur une « notion ancestrale », dont la légitimité n'est pas appréhendée sous l'angle de la non-discrimination. Les juges d'appel et de cassation vont du reste se fonder sur l'impossibilité de remettre en cause la binarité des sexes, par la création d'un « troisième sexe », pour rejeter la demande du requérant.

996. **Le maintien de la binarité des sexes en appel et confirmé en cassation.** La Cour d'appel d'Orléans, saisie par la procureure de la République, a infirmé le jugement de Tours, en appuyant sa motivation sur trois points³⁴²³. D'abord, le juge d'appel entend adopter une

³⁴²⁰ TGI de Tours, 2^e chambre civile, 20 août 2015, jugement précité : « Toute la jurisprudence, notamment en matière de transsexualisme, a fait primer cet aspect de l'identité sexuelle sur tout autre ».

³⁴²¹ TGI de Tours, 2^e chambre civile, 20 août 2015, jugement précité.

³⁴²² VIALLA François, « Substitution à l'état civil de la mention “sexe neutre” à celle de “sexe masculin” », *op. cit.*, p. 2295.

³⁴²³ CA Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1915.

interprétation stricte des exceptions au principe d'indisponibilité de l'état des personnes, parmi lesquelles figurent effectivement les situations d'intersexuation qui peuvent conduire à une rectification de l'état civil. Mais alors qu'il semble reconnaître la situation d'intersexuation dans l'énumération des faits³⁴²⁴, il n'en tire pas les mêmes conclusions³⁴²⁵ que le juge de première instance. Il s'appuie en effet sur l'apparence physique masculine de ce dernier et sur le fait qu'il se soit marié avec une femme, pour en conclure à la réalité de son appartenance au sexe masculin. Or, outre le fait que l'argument du mariage n'est plus pertinent du fait de l'ouverture de celui-ci aux couples homosexuels, la Cour d'appel occulte complètement la dimension psychologique de l'identité de genre, du droit de définir son sexe, « composante dont le premier juge, sur le fondement du droit européen applicable, avait pourtant souligné la primauté sur toute autre »³⁴²⁵.

997. Les deux autres étapes de la motivation concernent davantage la question de droit relative à l'admission générale d'un « troisième sexe » ; l'approche retenue par la Cour d'appel diffère donc de celle des juges de première instance, qui s'interrogeaient simplement sur l'admission de la mention du sexe neutre pour le cas d'espèce³⁴²⁶. Les arguments de droit développés par le juge d'appel sont repris par la Cour de cassation, qui rejette le pourvoi formé par l'auteur de la demande de rectification³⁴²⁷. Les juges font, en premier lieu, une interprétation des dispositions législatives et réglementaires plutôt restrictive : « La loi ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin »³⁴²⁸. On peut toutefois arguer que si la mention du « sexe neutre » n'est effectivement prévue par aucun texte juridique, elle n'est pas non plus interdite expressément la loi (seules les circulaires de 2000 et de 2011 précitées le rejettent, mais elles n'envisagent que le cas d'une indétermination du sexe provisoire et non durable). Certains auteurs, à l'instar de Benjamin Moron-Puech, ont du reste montré qu'aucune méthode d'interprétation des textes relatifs à l'état civil ne permettait d'en déduire la règle de la binarité des sexes³⁴²⁹. Ceci étant, même si l'argumentation des juges est peu

³⁴²⁴ CA Orléans, arrêt précité : « Si Monsieur Y... X... dispose d'un caryotype XY c'est-à-dire masculin (pièce 24), il présente indiscutablement et aujourd'hui encore une ambiguïté sexuelle ».

³⁴²⁵ MORON-PUECH Benjamin, « L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme », *op. cit.*, p. 904.

³⁴²⁶ MORON-PUECH Benjamin, « Rejet du sexe neutre : une "mutilation juridique" ? », *op. cit.*, p. 1404.

³⁴²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n° 16-17189.

³⁴²⁸ Arrêt du 4 mai 2017 précité ; voir les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel du 22 mars 2016 : « En l'état des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, il n'est pas envisagé la possibilité de faire figurer, à titre définitif, sur les actes d'état civil une autre mention que sexe masculin ou sexe féminin, même en cas d'ambiguïté sexuelle ».

³⁴²⁹ MORON-PUECH Benjamin, « Rejet du sexe neutre : une "mutilation juridique" ? », *op. cit.*, p. 1404. S'agissant de la méthode d'interprétation recourant à l'intention du législateur, elle n'apparaît pas pouvoir conclure au rejet du sexe neutre dans la mesure où le législateur a nettement assoupli en 2016 les règles relatives au changement de sexe et se montre donc enclin à admettre les variations de l'identité de genre. Quant à la méthode fonctionnelle, reposant sur la fonction du texte à interpréter, elle conduit plutôt à la reconnaissance de l'existence juridique des intersexes, étant donné que « refuser à une personne intersexuée d'être reconnue pour ce qu'elle est peut conduire à un dysfonctionnement de la fonction d'identification de l'état civil ». Enfin, la méthode d'interprétation conforme visant à interpréter les textes conformément aux normes supérieures semble également

convaincante, il n'empêche qu'à travers la présente affaire, la Cour de cassation inscrit dans le droit positif – en tant qu'« interprète authentique » – la règle de la binarité des sexes. Le parallèle avec l'arrêt de la Cour de cassation de 2007 fixant la définition hétérosexuelle du mariage est ici flagrant et témoigne du rattachement des juges à la complémentarité des sexes.

998. Les juges estiment, de surcroît, qu'à l'inverse, la reconnaissance de « l'existence d'une nouvelle catégorie sexuelle » irait au-delà de leur pouvoir d'interprétation de la norme et qu'il revient au législateur de régler ces « questions biologiques, morales ou éthiques délicates », notamment quant au risque de stigmatisation provoqué par l'assignation des personnes intersexes à une catégorie à part entière. Outre le manque d'audace des juges et en particulier celui de la Cour de cassation, souligné par certains commentateurs³⁴³⁰, l'argument relatif à la stigmatisation est contestable, dans la mesure où la non-reconnaissance juridique des personnes intersexes peut être lue comme créatrice de discriminations, comme le montre notamment le rapport du Conseil de l'Europe. Mais les textes européens et internationaux susmentionnés prônant la remise en cause des discriminations faites aux personnes intersexes sont tout simplement ignorés par les juges, la procureure prenant même la peine de souligner leur caractère non contraignant³⁴³¹.

999. Concernant l'application du droit européen des droits de l'homme, le contrôle opéré, en second lieu, au regard de l'article 8 de la Convention, conduit au rejet de la création de la mention « sexe neutre ». La Cour d'appel juge en effet qu'en raison de la large marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales pour mettre en œuvre les obligations découlant de l'article 8, elle doit rechercher le « juste équilibre entre la protection de l'état des personnes qui est d'ordre public et le respect de la vie privée des personnes présentant une variation du développement sexuel »³⁴³². Le respect de cet équilibre conduit tout de même la Cour d'appel à admettre soit que l'état civil des personnes intersexes ne mentionne aucune catégorie sexuelle – ce qui est pourtant interdit cette fois-ci explicitement par la loi – ou bien que le sexe qui leur a été assigné soit modifié, ce qui revient à nier l'état d'intersexuation³⁴³³. Aucune « obligation positive » de reconnaître l'identité intersexuée ne découle cependant, pour la Cour, du droit au respect de la vie

conduire à la reconnaissance du droit des intersexes à l'autodétermination sexuée, au regard de l'évolution de la jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³⁴³⁰ VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *op. cit.*, p. 1399 ; MORON-PUECH Benjamin, « Rejet du sexe neutre : une "mutilation juridique" ? », *op. cit.*, p. 1404.

³⁴³¹ CA Orléans, arrêt précité : « Elle fait valoir que l'Assemblée parlementaire et le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ont déjà traité le sujet des personnes intersexuées et se sont prononcés en faveur d'une reconnaissance juridique, mais que ni l'une ni l'autre ne rend de décisions contraignantes pour les États membres du Conseil de l'Europe ».

³⁴³² CA Orléans, arrêt précité.

³⁴³³ CA Orléans, arrêt précité : « [...] Ce juste équilibre conduit à leur permettre d'obtenir, soit que leur état civil ne mentionne aucune catégorie sexuelle, soit que soit modifié le sexe qui leur a été assigné, dès lors qu'il n'est pas en correspondance avec leur apparence physique et leur comportement social ».

privée prévu par la Convention³⁴³⁴. Il est vrai que, si la Cour européenne des droits de l'homme considère l'autodétermination de son identité de genre comme un aspect fondamental du droit au respect de la vie privée, elle reconnaît aussi aux États une marge d'appréciation sur les questions qui, à l'instar de la reconnaissance de l'identité intersexe, ne font pas consensus parmi les États parties (au sein du Conseil de l'Europe, seule l'Allemagne permet de ne pas renseigner le sexe à l'état civil et aucun État n'a pour l'instant reconnu la mention « sexe neutre »)³⁴³⁵. Mais l'examen du respect de l'article 8 effectué par la Cour d'appel demeure somme toute trop « rapide », car les juges ne procèdent ni à la caractérisation de l'ingérence ni à l'identification du but légitime prévu par la loi, et exercent un contrôle de proportionnalité plutôt « lacunaire »³⁴³⁶.

1000. La Cour de cassation procède à un contrôle de conventionalité qui demeure peu approfondi et surtout *in abstracto* : « Elle ne se soucie nullement des problèmes rencontrés concrètement par le requérant en raison de la négation de son identité sexuée »³⁴³⁷. Elle juge que la bicatégorisation par sexe poursuit un but légitime « en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur », mais sans expliquer exactement ce que recouvre cette organisation sociale et juridique et sans entrer dans l'examen des exceptions prévues expressément par l'article 8 de la Convention³⁴³⁸. Cette affirmation est d'autant plus critiquable que la règle de la bicatégorisation sexuée n'est pas « prévue par la loi » comme l'exigent les termes de l'article 8³⁴³⁹. En outre, les juges estiment que la reconnaissance du « sexe neutre » aurait des effets disproportionnés car elle « aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination ». La Cour de cassation précise dans son rapport les dispositions concernées par ces modifications, soit les dispositions distinguant en droit français les deux catégories hommes et femmes, en particulier en matière de filiation et de procréation³⁴⁴⁰. En effet, bien que certains auteurs affirment que les règles de la filiation peuvent être facilement adaptées aux personnes intersexes par un simple travail interprétatif³⁴⁴¹ – en étendant, par exemple, la présomption de paternité à la personne intersexe ayant épousé la mère – pour

³⁴³⁴ REIGNÉ Philippe, L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1915.

³⁴³⁵ LE-COTTY Rachel, Rapport précité, p. 21 et s.

³⁴³⁶ REIGNÉ Philippe, « L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 1915.

³⁴³⁷ MORON-PUECH Benjamin, « Rejet du sexe neutre : une “mutilation juridique” ? », *op. cit.*, p. 1404.

³⁴³⁸ Article 8-2 de la CEDH : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »

³⁴³⁹ Certes l'on sait que la Cour européenne fait de la « loi » une notion autonome qui peut renvoyer à la jurisprudence des tribunaux (CEDH, 22 novembre 1995, *S. W. c/ Royaume-Uni*, n° 20166/92, point 35).

³⁴⁴⁰ LE-COTTY Rachel, Rapport de la Cour de cassation précité, p. 22.

³⁴⁴¹ MORON-PUECH Benjamin, « Rejet du sexe neutre : une “mutilation juridique” ? », *op. cit.*, p. 1404.

d'autres, la difficulté d'adaptation pose des questions bien réelles³⁴⁴². En matière de parité, autre exemple, s'agirait-il de faire bénéficier les intersexes des règles de parité et donc de prévoir une proportion de personnes intersexes dans les instances concernées³⁴⁴³? Ou bien faudrait-il admettre que la parité n'est qu'une mesure destinée à permettre de rétablir l'égalité numérique entre les femmes et les hommes seulement, qui constituent, en proportion, les deux moitiés de l'humanité? Il est certain que la question d'une reconnaissance générale d'un troisième sexe exigerait une réflexion et un débat démocratique, mais les juges auraient pu reconnaître la possibilité ponctuelle pour le requérant de choisir la mention « sexe neutre » sur son état civil, une telle reconnaissance n'engageant pas une « réforme profonde de l'état civil » – comme l'affirme le requérant lui-même³⁴⁴⁴. De plus, si la Cour conclut aux effets disproportionnés de la reconnaissance du sexe neutre, elle ne contrôle en réalité pas les effets de l'ingérence sur les droits des personnes intersexuées, qui peuvent apparaître disproportionnés par rapport au but poursuivi par la bicatégorisation. Un contrôle au regard des articles 8 et 14 de la Convention aurait peut-être pu permettre de prendre en compte les effets discriminatoires de la bicatégorisation, mais les juges n'envisagent même pas qu'elle puisse être interrogée de ce point de vue.

1001. L'interprétation restrictive de l'article 8 de la Convention, non examiné en combinaison avec l'article 14, ne conduit donc pas les juges à admettre un droit à déterminer son identité sexuée hors des catégories hommes et femmes prévues par l'état civil. L'évidence avec laquelle le juge civil renvoie la question au législateur montre l'importance que revêt la règle de la binarité des sexes pour la construction juridique de la personne. Le législateur n'a toutefois pas saisi l'occasion, qui lui a été pourtant présentée, pour s'interroger sur la légitimité de la bicatégorisation par sexe.

B. Le silence du législateur quant à la création d'un « troisième sexe » ou la suppression de la mention du sexe à l'état civil

1002. L'adoption de la loi sur la modernisation de la justice de 2016 prévoyant la réforme sur le changement de sexe à l'état civil aurait pu être l'occasion pour le législateur de mettre fin à l'invisibilisation juridique des personnes intersexes. Néanmoins, non seulement la question des

³⁴⁴² REIGNÉ Philippe, *L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil*, *op. cit.*, p. 1915.

³⁴⁴³ Voir l'interrogation d'Astrid Marais auditionnée au Sénat : « Devra-t-on constater que, confrontées aux mêmes discriminations fondées sur le sexe que les femmes, les personnes intersexes devraient bénéficier de quotas ? Dans l'affirmative, comment mettre en œuvre ces quotas ? » (BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport précité, p. 87).

³⁴⁴⁴ CA Orléans, arrêt précité : « Il indique que l'argument d'une modification profonde de notre système d'état civil n'est pas non plus pertinent, puisqu'il ne demande nullement une telle réforme mais simplement à ce que son état civil mentionné corresponde à la réalité de son être ».

discriminations touchant ces dernières est restée occultée, mais la bicatégorisation par sexe est de surcroît confortée puisqu'elle n'est pas remise en cause par la procédure de changement de sexe : si l'identité sexuée peut désormais être plus facilement modifiée sur le fondement de la volonté individuelle, le cadre dans lequel elle peut être choisie demeure intact, car non appréhendé sous l'angle de la discrimination.

1003. **La question de la bicatégorisation comme discrimination éludée.** À la suite du renvoi par la Cour d'appel d'Orléans de la reconnaissance de l'identité intersexe au législateur, on pouvait s'attendre à ce que ce dernier se saisisse de cette question, puisqu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, c'est le législateur qui est compétent pour fixer les règles relatives à « l'état et à la capacité des personnes ». Certains auteurs ont toutefois fait remarquer qu'une telle intervention n'était pas en soi nécessaire, puisque la loi n'interdit actuellement pas la mention du « sexe neutre »³⁴⁴⁵. Toutefois, la solution dégagée dans l'arrêt du 4 mai 2017 de la Cour de cassation ayant durablement et explicitement inscrit la règle de la bicatégorisation dans le droit positif, seule une reconnaissance législative permettrait désormais de la remettre en cause.

1004. L'introduction de l'article 61-5 du Code civil par la loi de 2016 aurait pu donner lieu à un débat démocratique sur la question de la reconnaissance du statut des intersexes. En facilitant pour les personnes transsexuelles la modification de leur sexe à l'état civil, à travers la démedicalisation de la procédure et une plus grande prise en compte de l'identité de genre, le législateur a en effet ouvert une brèche favorable à l'autodétermination de son sexe juridique pour toutes les personnes transidentitaires³⁴⁴⁶. Pourtant, la réforme de 2016 « peut apparaître comme une occasion manquée pour les personnes intersexuées »³⁴⁴⁷, même si elle n'exclut pas complètement ces dernières, et ce pour deux raisons. D'une part, la procédure de modification du sexe à l'état civil concerne également les personnes intersexes : bien qu'intersexuation et transsexualisme recouvrent deux situations différentes, celles-ci peuvent néanmoins se chevaucher lorsqu'une personne intersexe au sens biologique décide qu'elle ne souhaite plus vivre comme individu du sexe qui lui a été attribué à la naissance et dans lequel elle a admis de vivre pendant un temps³⁴⁴⁸. La démedicalisation de la procédure de modification du sexe bénéficie

³⁴⁴⁵ VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *op. cit.*, p. 1399.

³⁴⁴⁶ Lors des débats parlementaires, un sénateur a ainsi fait part de sa volonté de déposer un amendement visant à mettre à l'ordre du jour la problématique intersexe, en soulignant la nécessité d'une intervention législative du fait du rejet de la mention « sexe neutre » par le juge civil. Il souhaitait donner une visibilité aux personnes intersexes, dont les problèmes spécifiques – en particulier les traitements médicaux de normalisation – restaient ignorés par la réforme destinée, selon lui, à répondre aux revendications des personnes transsexuelles. Son intervention n'a toutefois donné lieu à aucun débat, sa proposition d'amendement n'ayant pas été retenue (Rachel Mazuir lors de la séance du 27 septembre 2016 au Sénat, p. 13996).

³⁴⁴⁷ MORON-PUECH Benjamin, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et les personnes intersexuées », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2353.

³⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 2353.

donc aussi aux individus intersexes qui souhaitent simplement changer de sexe – mais elle n'avantage pas ceux qui ne se reconnaissant dans aucune des catégories de sexe prévues par le droit. D'autre part, la loi allonge le délai de déclaration du sexe de trois à cinq jours à la naissance, ce qui permet aux parents d'être davantage informés quant à la prise en charge de l'intersexuation du nouveau-né et d'éviter peut-être la chirurgie d'assignation systématique³⁴⁴⁹.

1005. Le législateur de 2016 ne semble pas non plus rejeter toute intervention législative future sur ce sujet, puisqu'un rapport parlementaire a été spécifiquement réalisé par deux sénatrices sur les variations du développement sexuel qui prône, on l'a vu, une amélioration de la situation des personnes intersexes³⁴⁵⁰. Ce rapport ne remet cependant pas directement en cause la bicatégorisation sexuée à l'état civil en proposant la création d'un troisième sexe. Il incite à une réflexion³⁴⁵¹, sans prendre parti pour une solution ou une autre tendant à une reconnaissance juridique des personnes intersexes. Certains commentateurs demeurent en outre sceptiques quant à l'adoption d'une loi remettant en cause la bicatégorisation sexuée, en raison des fortes oppositions suscitées par l'adoption de la loi de 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe³⁴⁵² : la remise en cause directe de la binarité des sexes à l'état civil risquerait en effet de susciter une nouvelle fois la crainte de l'avènement de l'indifférenciation sexuée qui remettrait en cause le fondement de la société. Il est en tout état de cause peu probable que le législateur propose la création d'un « troisième sexe » ou encore moins la suppression de la mention du sexe à l'état civil, eu égard aux problèmes que susciteraient de telles réformes vis-à-vis de l'adaptation du droit de la filiation ou encore des règles relatives à la parité, bien que ces difficultés soient surmontables.

1006. Le caractère discriminatoire de la bicatégorisation par sexe semble donc loin d'être reconnu par le législateur. Il en va de même du pouvoir réglementaire : il peut être déduit, par un raisonnement *a contrario*, que celui-ci rejette même implicitement le caractère discriminatoire de la mention du sexe à l'état civil. L'instruction générale relative à l'état civil de 1955 énonce en effet que « les actes ne doivent pas faire mention de la *race* ou de la *religion*, aucune discrimination n'étant faite à cet égard par la loi entre les individus »³⁴⁵³. En excluant le sexe de la liste des

³⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 2353.

³⁴⁵⁰ BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport précité.

³⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 91. Il émet des recommandations plus souples, par exemple : mettre en œuvre une réflexion sur une évolution de notre droit visant à ne pas mentionner les informations sur la rectification ou la modification du sexe à l'état civil – afin de préserver la vie privée des personnes intéressées – évaluer les procédures mises en œuvre en cas de difficulté à déclarer le sexe d'un enfant à la naissance, réfléchir à l'extension du délai maximal de deux ans au terme duquel l'acte de naissance doit mentionner le sexe de l'enfant.

³⁴⁵² MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *op. cit.*, point 7.

³⁴⁵³ Instruction du 21 septembre 1955 générale relative à l'état civil, *JORF* du 22 septembre 1955, paragraphe 100, p. 9336.

mentions discriminatoires prohibées, l'instruction admet avec évidence que la bicatégorisation par sexe ne peut être conçue comme une discrimination.

1007. Pour le législateur, comme pour le juge guidé par l'adage « *de minimis non curat praetor* »³⁴⁵⁴, il semblerait que le faible nombre de personnes concernées par l'intersexuation rende insignifiants les problèmes engendrés par la bicatégorisation sexuée³⁴⁵⁵. Mais n'est-ce pas précisément le but du droit de la non-discrimination que de protéger les minorités – ici les personnes intersexes – des normes de la majorité – l'appartenance à un sexe masculin ou féminin ? La loi de 2016 conforte au contraire la norme de la binarité sexuée à travers les conditions posées pour la modification de la mention du sexe à l'état civil, qui ont pour effet de renforcer les normes de genre.

1008. **La facilitation du changement de sexe en 2016 confortant la division binaire.** L'assouplissement de la procédure de changement de sexe de 2016 conduit certes à créer « un trouble dans le genre »³⁴⁵⁶, en facilitant le changement de sexe, qu'elle est perméable, qu'elle n'échappe pas au contrôle de l'individu ; en somme, la division binaire tend à perdre une partie de son caractère normatif, dans la mesure où elle ne s'impose plus de la même manière aux individus, et ce pour deux raisons. D'une part, la loi de 2016 tend à une meilleure reconnaissance de l'autodétermination sexuée, en prenant davantage en compte l'identité de genre pour autoriser la modification du sexe à l'état civil. L'identité de genre est ainsi devenue le critère prédominant dans la définition du sexe juridique. Le législateur a encore davantage remis en cause une définition juridique du sexe fondée sur la biologie, sur une vérité scientifique, qui s'imposerait aux individus sans que ceux-ci puissent faire valoir leur identité sexuée ressentie. Le caractère évident et naturel de la bicatégorisation sexuée est par conséquent directement réfuté par le fait de pouvoir passer de l'un à l'autre sexe sur le fondement de la volonté individuelle. D'autre part, l'exigence de concordance entre le sexe juridique et le sexe anatomique a été nettement amoindrie avec la démedicalisation de la procédure et l'abandon de la condition d'irréversibilité de l'apparence physique : il est désormais admis par la loi que l'on peut être une femme à l'état civil tout en conservant des organes génitaux masculins. Le refus de se soumettre à des traitements médicaux, à une opération chirurgicale ou à une stérilisation ne peut plus en effet motiver le rejet

³⁴⁵⁴ « Des affaires insignifiantes le prêteur n'a cure » (ROLAND Henri, BOYER Laurent, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3^e édition, 1992, p. 154). LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes du sexe », *op. cit.*, p. 20 : « Comment prendre en considération la difficulté d'être de cette très étroite population ? Certains répondront qu'en dépit de ses incertitudes, l'alternative actuelle suffit, car elle est adaptée au plus grand nombre. *De minimis non curat praetor* - même si cette vénérable maxime perd son crédit à l'heure de l'individualisme triomphant ».

³⁴⁵⁵ NERSON Roger, RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTD Civ.*, n° 20, 1981, p. 847 : « Nous croyons fermement que le droit civil n'a pas à prendre en considération ces cas singuliers ».

³⁴⁵⁶ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion*, traduction de C. Kraus, Paris, La Découverte, 2005.

de la demande³⁴⁵⁷. Théoriquement, le droit français admet donc qu'un homme puisse être enceint, si celui-ci, devenu de sexe masculin à la suite d'un changement de sexe juridique, a conservé son appareil reproducteur féminin – même si en pratique les traitements hormonaux pris par les personnes transsexuelles pour modifier leur corps peuvent avoir un effet stérilisant. La division binaire entre les sexes perd ainsi de sa cohérence, dès lors qu'il est admis que les différents éléments de distinction des deux sexes puissent ne pas coïncider.

1009. Cependant, si la facilitation de la procédure de modification du sexe interroge la naturalité et la cohérence de la bicatégorisation par sexe, elle n'aboutit certainement pas à remettre en cause la règle de la division binaire. La bicatégorisation sexuée reste la seule alternative pour les personnes transgenres, car les « sujets n'ont pas le pouvoir de changer la règle du jeu »³⁴⁵⁸. Ils ont le choix de renoncer à une catégorie de sexe sans pour autant remettre en cause le processus d'assignation à l'un des deux sexes ; le droit n'offre qu'une alternative : la réassignation au sexe masculin ou féminin. Plus encore, en faisant des critères de l'identité de genre et de l'apparence physique les conditions déterminantes de la modification du sexe juridique, le législateur de 2016 renforce la division binaire entre les sexes. Avec l'abandon de la condition de l'irréversibilité de l'apparence physique en 2016, le changement de sexe anatomique et hormonal n'est plus exigé pour modifier le sexe juridique ; c'est donc la conformité à l'apparence physique et au comportement social du sexe revendiqué qui est examinée par le juge pour autoriser une telle modification³⁴⁵⁹. L'article 61-5 du Code civil exige en effet la réunion de faits – un faisceau d'indices, tels que le prénom – prouvant que le sexe revendiqué correspond au sexe dans lequel la personne se présente publiquement et dans lequel elle est connue, par son entourage familial, amical ou professionnel. Or, la perception du sexe d'autrui dans l'espace social se fonde sur les représentations de genre relatives aux rôles sociaux et à l'apparence physique attendus³⁴⁶⁰. Certes, le propre du transsexualisme est d'adopter les caractéristiques de l'autre sexe, y compris les rôles de genre attribués au masculin et au féminin, conduisant à consolider « l'évidence de la féminité et de la masculinité »³⁴⁶¹. Mais l'exigence de la preuve de l'apparence physique et du comportement social du sexe désiré renforce précisément ces normes de genre : le législateur délègue au juge le rôle de déterminer les frontières qui définissent ce qu'être une femme ou être un homme signifie,

³⁴⁵⁷ Article 61-6 du Code civil.

³⁴⁵⁸ FASSIN Eric, « L'empire du genre », *L'homme*, n° 187-188, 2008/3, p. 377.

³⁴⁵⁹ CATTO Marie-Xavière, « Le critère de l'apparence physique dans les décisions de changement de sexe », in *Identité sexuée, identité sexuelle, apparences, corps et pratiques*, à paraître en 2018.

³⁴⁶⁰ CATTO Marie-Xavière, « Le critère de l'apparence physique dans les décisions de changement de sexe », *op. cit.*

³⁴⁶¹ FASSIN Eric, « L'empire du genre », *L'homme*, n° 187-188, 2008/3, p. 378.

ce qui risque d'aboutir à entériner les stéréotypes de genre, comme le relève le Défenseur des droits dans son avis de 2016³⁴⁶².

1010. Les éléments de l'apparence physique retenus par les juges civils – même avant 2016 – pour distinguer une apparence physique masculine d'une apparence physique féminine, se fondent ainsi sur les représentations sociales liées à la physionomie du visage, à la taille, à la pilosité, à la musculature, à la voix, à la longueur des cheveux, à l'habillement ou au maquillage³⁴⁶³. Une personne a ainsi toutes ses chances d'être considérée comme une femme : « en se laissant pousser les cheveux, en se faisant épiler le visage, en portant des vêtements féminins »³⁴⁶⁴. Certains de ces éléments de différenciation du sexe, comme la taille ou la musculature, sont certes considérés comme *objectifs* car fondés sur des critères biologiques. Toutefois, d'une part, d'autres éléments sont purement issus des représentations culturelles, tels que la longueur des cheveux ou l'habillement et, d'autre part, le choix des critères physiques de différenciation pertinents est toujours le fruit d'une interprétation, d'une opération *subjective* – certes culturellement construite – de la part des juges, car fondée sur des représentations. Ce caractère subjectif est par exemple mis en évidence par le fait d'exiger d'une personne transsexuelle qu'elle remplisse les caractéristiques biologiques de l'autre sexe, alors que certains individus reconnus juridiquement comme homme ou femme ne remplissent pas eux-mêmes les caractéristiques physiques de leur sexe. Par ailleurs, si les traitements chirurgicaux irréversibles pratiqués sur les organes génitaux ne sont plus exigés pour modifier le sexe juridique, une chirurgie esthétique modifiant la poitrine ou les traits du visage est considérée par les juges comme particulièrement probante³⁴⁶⁵. Par conséquent, avec le passage du critère des organes génitaux à celui de l'apparence physique, accentué par la loi de 2016, « le sexe n'est plus génital, il est facial »³⁴⁶⁶ : c'est ce qui est montré et ce qui est perçu par autrui qui importent pour définir le sexe, et cette perception sociale se nourrit des représentations relatives au genre.

1011. Les juges peuvent également se référer au comportement social du demandeur quant à son activité professionnelle, directement lié aux représentations des rôles de genre hiérarchisés à

³⁴⁶² Défenseur des droits, Décision-cadre MLD-MSP 2016-164 du 24 juin 2016, p. 20.

³⁴⁶³ Voir, par exemple, pour déterminer une apparence féminine : CA Paris, 22 octobre 1987, n° 1987-026727 : une « jolie fille longiligne, de taille moyenne 1 m 67 et 53 kg, à la voix claire et sans pilosité masculine apparente » ; pour déterminer une apparence masculine : CA Paris, 19 avril 1988, n° 1988-021333 : « des épaules larges et une musculature bien développée [...] des golfes temporaux, et l'existence d'une pilosité pubienne de type masculin ». Pour une analyse détaillée de la jurisprudence à ce sujet, voir CATTO Marie-Xavière, « Le critère de l'apparence physique dans les décisions de changement de sexe », *op. cit.*

³⁴⁶⁴ CA Dijon, 7 avril 2016, n° 15/01535.

³⁴⁶⁵ CA Dijon, 7 avril 2016, n° 15/01535 : « Plusieurs interventions de chirurgie esthétique ont donné à son visage un aspect plus féminin. La dépilation a été reconnue définitive par le praticien qui y a procédé ».

³⁴⁶⁶ CATTO Marie-Xavière, « Le critère de l'apparence physique dans les décisions de changement de sexe », *op. cit.*

l'origine de la « ségrégation horizontale » existant dans la sphère de l'emploi³⁴⁶⁷. Ainsi, dans un arrêt de 2007, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence rejette la demande en changement de prénom introduite par une personne transsexuelle, qui sollicite la substitution du prénom « Mylène » à ceux de « Christian Jacques ». Pour le juge, en effet, s'il est démontré que le demandeur s'habille et se maquille en femme de façon occasionnelle en cas de festivité, il présente tout de même une « morphologie et une apparence masculine » et « exerce la profession d'agent d'entretien bâtiments et espaces verts, laquelle n'est pas spécifiquement féminine »³⁴⁶⁸. Le juge conclut dès lors à l'absence d'élément probant permettant d'établir que le requérant « se considère comme une personne de sexe féminin, en présente l'apparence physique, et qu'il est traité comme une femme par son entourage ». Le comportement social des demandeurs quant à leurs relations affectives et sexuelles peut aussi être déterminant dans l'appréciation des juges : dans l'affaire relative au « sexe neutre » examinée par la Cour d'appel d'Orléans en 2016, celle-ci se fonde notamment sur le fait que le demandeur est marié avec une femme pour conclure à son appartenance au sexe masculin³⁴⁶⁹. Un tel raisonnement est sous-tendu par une conception hétérosexuelle du mariage, elle-même fondée, on l'a vu, sur la représentation des rôles de genre complémentaires du masculin et du féminin.

1012. Le pouvoir accordé aux juges de distinguer les personnes transgenres qui « passent » de celles qui « ne passent pas » en tant qu'homme ou en tant que femme, en font donc les premiers acteurs pour définir le contour de la division binaire des sexes. Cette procédure souligne ainsi le caractère fondamental du rattachement à l'un des deux sexes dans la construction juridique de la personne. De ce point de vue, le droit de l'état civil perpétue le genre, compris comme le système de division binaire, mais aussi le genre entendu comme la hiérarchisation des rôles sociaux.

1013. **Conclusion du chapitre I.** Les acteurs du droit français n'admettent donc pas aujourd'hui que la construction juridique de la personne puisse se départir de l'assignation au sexe masculin ou au sexe féminin. Le rejet de la mention du « sexe neutre » à l'état civil montre qu'il est difficile d'appréhender un individu qui ne soit « ni » une femme « ni » un homme. En outre, comme on l'a vu, la facilitation de la procédure permettant de passer d'un sexe à l'autre permet précisément de conforter la binarité des sexes, en maintenant la cohérence du système de genre. Le maintien de cette cohérence passe moins aujourd'hui par l'idée de retrouver le « vrai » sexe de

³⁴⁶⁷ Cf. partie II, titre I, chapitre II.

³⁴⁶⁸ CA Aix-en-Provence, 28 novembre 2007, n° 07/14524.

³⁴⁶⁹ CA Orléans, arrêt précité : « Attendu qu'en l'espèce Monsieur Y... X... présente une apparence physique masculine, qu'il s'est marié en 1993 et que son épouse et lui ont adopté un enfant ».

l'individu – le phénomène biologique d'intersexuation rendant de moins en moins évidente la binarité naturelle entre les sexes – que par la restitution du « bon » sexe. Celle-ci exige la concordance entre le sexe juridique, le sexe psychosocial et le sexe morphologique de l'individu, confortant la division des rôles sociaux différenciés entre les femmes et les hommes. Ainsi, même si le droit tend à se départir des fondements biologiques de la différence des sexes – le sexe anatomique, gonadique et chromosomique – la bicatégorisation sexuée demeure une évidence pour les acteurs du droit, un « élément fondateur » de « l'organisation sociale et juridique » pour le juge civil. L'expression de l'anthropologue Françoise Héritier de la différence des sexes comme « butoir ultime de la pensée » prend ici tout son sens : il apparaît inconcevable de définir juridiquement l'individu sans son appartenance sexuée, la différence des sexes constituant ainsi le butoir ultime de la pensée juridique.

1014. Le caractère évident de la différence des sexes empêche donc d'appréhender la bicatégorisation sexuée, prévue par les règles d'état civil, du point de vue du principe d'égalité. Elle est maintenue hors du champ de l'égalité, hors du contrôle que les juges exercent habituellement vis-à-vis des différences de traitement en raison du sexe. Ceci explique pourquoi il demeure si difficile de penser la situation des intersexes sur le terrain de la non-discrimination : la bicatégorisation n'est pas conçue en droit français comme une discrimination entraînant des désavantages disproportionnés pour les personnes intersexes. Mais si la légitimité d'une telle différenciation est rarement interrogée par le biais d'un contrôle d'égalité, elle est néanmoins justifiée, dans les discours juridiques, par la fonction qu'elle joue dans le maintien des normes sexuées, particulièrement en matière de filiation et de procréation. La persistance d'une définition juridique sexuée de l'individu provient en majeure partie du caractère sexué du droit de la filiation et de la protection de la maternité. La différence des sexes s'impose dans ces matières avec une telle évidence, liée à la dimension « naturelle » des différences entre les femmes et les hommes en matière de procréation, qu'elle est là encore conçue hors d'atteinte du principe d'égalité.

Chapitre II. La binarité des catégories parentales dans le droit de la filiation

1015. Cet ultime chapitre a pour objectif de montrer que la division binaire entre les sexes demeure appréhendée hors du terrain du principe d'égalité car elle est légitimée par la préservation des statuts de père et de mère en droit de la filiation. L'évidence naturelle sur laquelle repose la construction juridique de la personne comme homme ou comme femme découle en effet de la dimension sexuée du droit de la filiation, lequel est fondé sur la complémentarité des sexes dans l'engendrement. Elle constitue, en d'autres termes, le fondement de la justification de la différenciation juridique entre les sexes.

1016. Le droit de la filiation n'est assurément pas le seul domaine où les normes demeurent sexuées : d'autres règles juridiques – celles adoptées pour la réalisation de l'égalité réelle mises à part – prévoient une différence de traitement entre les femmes et les hommes. Elles sont de trois ordres : premièrement, de rares dispositions reflètent encore d'anciennes inégalités entre le mari et la femme dans le mariage, mais elles sont certainement appelées à disparaître avec le mouvement d'indifférenciation des énoncés au regard du sexe des époux³⁴⁷⁰. Deuxièmement, certaines dispositions prévoient un recrutement distinct des individus selon le sexe. L'article L. 1142-2 du Code du travail autorise ainsi à embaucher un salarié ou un fonctionnaire en fonction de son sexe, « lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ». Une liste fixée par un décret en Conseil d'État révisée périodiquement comprend, de façon limitative, les emplois et activités professionnelles visées par cette exception au principe de non-discrimination : il s'agit des artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin, des mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires et des modèles masculins et féminins³⁴⁷¹. Ces autorisations à distinguer selon le sexe sont légitimées par la fonction de « représentation » du masculin et du féminin remplie par ces

³⁴⁷⁰ L'article 1676 du Code civil précise ainsi que, dans le cas d'une demande de rescision (annulation) de la vente d'un immeuble pour cause de lésion, le délai de deux ans à partir de la vente « court contre les femmes mariées et contre les absents, les majeurs en tutelle et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu ». Le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre contient également des dispositions sexuées inégalitaires, en prévoyant que, pour calculer la pension, les invalides de guerre « remettent éventuellement à l'agent comptable un certificat de vie de leur femme et de leurs enfants âgés de moins de vingt et un ans » (article A 300 et A 328). Enfin, le Code général des impôts énonce, à l'article 12 de l'annexe 4, que « les femmes mariées peuvent produire une pièce d'identité au nom de leur mari », sans prévoir que les hommes mariés puissent produire une pièce d'identité au nom de leur femme (s'ils ont pris le nom de leur épouse au moment du mariage, ce qui est possible depuis la loi du 4 mars 2002 supprimant la notion de « patronyme » et prévu explicitement par l'article 225-1 du Code civil introduit par la loi du 17 mai 2013).

³⁴⁷¹ Article R. 1142-1 du Code du travail, créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008.

emplois, qui reflètent l'image des différences sociales entre les sexes. Le recrutement distinct est également prévu par le statut des fonctionnaires, dans une formulation certes moins restrictive³⁴⁷² ; et il demeure prégnant dans l'armée³⁴⁷³, reflétant une représentation stéréotypée des rôles masculins et féminins³⁴⁷⁴. Troisièmement, certains textes fixent une séparation physique entre les hommes et les femmes dans certains lieux, alors soumis à la règle de non-mixité. Cette règle repose elle aussi sur des représentations liées au genre, en véhiculant notamment l'idée que les femmes devraient être protégées de la promiscuité sexuelle avec les hommes³⁴⁷⁵.

1017. Mais, plus que toute autre règle juridique sexuée, c'est bien la nécessité de conserver la dimension sexuée du droit de la filiation qui justifie le maintien de la différence des sexes dans la construction juridique de la personne, hors de portée du principe d'égalité. En témoigne la crainte provoquée par l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe en 2013 à l'idée d'une potentielle indifférenciation du droit de la filiation quant au sexe des parents. Le principe d'égalité comme indifférenciation ne saurait, selon certains parlementaires et une partie de la

³⁴⁷² Article 6 *bis* alinéa 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « Des recrutements distincts pour les femmes ou les hommes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions ».

³⁴⁷³ Dans l'armée, certaines fonctions ont ainsi été jusqu'à la fin des années 1990 interdites d'accès aux femmes – un arrêté de 1998 fixant les emplois qui pouvaient être réservés, par arrêté, aux seuls hommes –, telles que les emplois dans les équipages d'avions embarqués, les pilotes de chasse, les emplois dans la garde républicaine, dans la Légion étrangère, les fonctions de fusiliers commandos dans la marine. L'arrêté du 12 décembre 2002 restreignait encore l'accès des femmes à quelques fonctions, telles qu'aux emplois à bord des sous-marins, certains emplois dans la gendarmerie mobile et les emplois opérationnels de la Légion étrangère (MONRIQUE Michèle, *Place des femmes dans la professionnalisation des armées*, Rapport du Conseil économique et social, 2004, p. 12). Cependant, les derniers bastions réservés aux hommes sont aujourd'hui ébranlés, la ministre de la défense ayant par exemple nommé plusieurs femmes à des postes dans les sous-marins de l'armée (BOUCHOUX Corinne, CONWAY-MOURET Hélène, GONTHIER-MAURIN Brigitte, JOUANNO Chantal, LABORDE Françoise, LOPEZ Vivette, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes à la suite de la rencontre avec des femmes de la Défense, organisée le 5 mars 2015 à l'occasion de la Journée internationale des droits des femmes, enregistré à la présidence du Sénat le 26 mars 2015, p. 28).

³⁴⁷⁴ Le Code du service national dispose toujours que les candidates volontaires ne peuvent accéder, de façon limitée, « qu'aux emplois ouverts aux femmes et en fonction des recrutements annuels fixés par le ministre de la Défense ». Certaines règles gouvernant le service national sont du reste sexuées (article D. 231 du Code du service national, créé par l'article 5 du décret n° 98-180 du 17 mars 1998. Article R. 229 du Code du service national : « Les emplois ouverts aux volontaires féminines au titre de chacune des formes du service national sont fixés par le ministre responsable. Les volontaires féminines dont la candidature est retenue font l'objet de décisions nominatives d'affectation »). Certaines règles gouvernant le service national sont du reste sexuées (article L. 112-1 du Code du service national) et reflètent, en particulier celles relatives à l'aptitude physique des volontaires, des stéréotypes de genre liés à la vulnérabilité physique des femmes : les femmes sont par exemple admises à être suspendues temporairement des obligations résultant du volontariat (article R. 104 du Code du service national : introduit par l'article 2 du décret n° 98-180 du 17 mars 1998) ou même à être libérées de leur volontariat, contrairement aux hommes qui sont, en cas d'incapacité physique, « mis à la disposition du ministre chargé des armées en vue de terminer, le cas échéant, la durée du service militaire » (article L. 110 du Code du service national, introduit par l'article de la loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997). L'article 2212-2 du Code de la défense relatif à la réquisition pour les besoins généraux de la nation prévoit quant à lui une exemption pour les femmes qui prennent en charge les enfants et les personnes âgées ; cette disposition repose ainsi sur l'idée que ces fonctions liées au *care* sont dévolues aux femmes et non aux hommes. Enfin, le Code de justice militaire prévoit que les biens du prévenu défaillant condamné pour crime, insoumission ou désertion en temps de guerre, peuvent être mis sous séquestre et que, durant ce séquestre, il « peut être accordé des secours à la femme, aux enfants, aux ascendants du défaillant, s'ils sont dans le besoin », ce qui reflète une représentation du militaire forcément masculin (article L. 252-2 du Code de la justice militaire).

³⁴⁷⁵ On peut citer la séparation des hommes et des femmes dans les pièces destinées au sommeil des travailleurs ruraux saisonniers (article R. 716-8, R. 716-11, R. 716-21 et R. 716-23 du Code rural), dans les toilettes des entreprises (article R. 4228-10 du Code du travail) ou les cabinets d'aisances des piscines (annexe 13-6 du Code de la santé publique), ainsi que, de façon moins anecdotique, la séparation des détenus féminins à la fois des détenus masculins (article D. 53 du Code de procédure pénale) et du personnel masculin au sein des établissements pénitentiaires (Article D. 222 du Code de procédure pénale) ou de l'isolement du détenu militaire de sexe féminin durant les opérations de l'armée (Article D. 211-2 du Code de la justice militaire).

doctrine, être applicable aux règles sexuées qui gouvernent la filiation « tant la dissymétrie entre les sexes est patente s'agissant de la maternité et de la paternité biologiques et donc corrélativement, en droit, la dissymétrie des modes d'établissement de la filiation maternelle et paternelle »³⁴⁷⁶. Certains auteurs craignent même que l'indifférenciation des sexes au regard du mariage remette en cause le principe à la base du droit de la filiation, la transmission des générations par l'engendrement³⁴⁷⁷, qui implique la complémentarité des sexes et, logiquement, l'identité sexuée des personnes³⁴⁷⁸. Ces discours se réfèrent ainsi à la différence naturelle, biologique, a-culturelle, entre les sexes dans l'engendrement pour justifier la nécessaire différenciation entre les sexes dans le droit de la filiation³⁴⁷⁹. La différenciation entre les régimes juridiques s'appliquant aux père et mère paraît par conséquent irréductible, tant la différence des sexes s'impose comme une évidence en droit de la filiation.

1018. Le renvoi à la dimension naturelle, biologique, de la différence des sexes dans l'engendrement empêche dès lors d'appréhender comme contraires à l'égalité les différences de régimes juridiques applicables aux hommes et aux femmes en droit de la filiation. Il convient en effet de rappeler que le principe d'égalité ne s'applique pas lorsqu'il y a défaut de comparabilité des situations. Or, la filiation est précisément le domaine de prédilection dans lequel la comparaison entre les sexes apparaît impossible, « faute de situation à pouvoir comparer »³⁴⁸⁰. La plupart des différences de traitement sexuées en matière de filiation ne sont même pas soumises au contrôle d'égalité, tant il apparaît évident qu'hommes et femmes ne sont pas placés dans des situations identiques vis-à-vis de l'engendrement. Aussi, si l'application du principe d'égalité a conduit à réformer le droit de la famille³⁴⁸¹ dans le sens d'une indifférenciation des énoncés juridiques au regard du sexe³⁴⁸², une telle évolution bute en droit de la filiation sur l'irréductibilité de la différence des sexes dans l'engendrement. Le butoir est-il indestructible ? Il faut en effet considérer que certaines de ces différences de traitement tendent aujourd'hui plus qu'hier à être

³⁴⁷⁶ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origine, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport remis au Ministère des Affaires sociales et de la Santé et au Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 82.

³⁴⁷⁷ LABRUSSE-RIOU Catherine, « Préface », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 14 : « Cela déstabilise et même dénature les institutions civiles par lesquelles s'articulent la différence des sexes et celle des générations et remet en question la cohérence du droit de la filiation, qui lui persiste, dans sa dernière mouture, à distinguer et à soumettre à des règles différentes l'établissement de la maternité et celui de la paternité ».

³⁴⁷⁸ BRUNETTI-PONS Clotilde, « Rapport introductif au colloque sur la complémentarité des sexes en droit de la famille », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, op. cit., p. 50 : « Supprimer la différence de sexe dans la définition du mariage conduit corrélativement à remettre en cause l'identité sexuée des personnes ».

³⁴⁷⁹ LABRUSSE-RIOU Catherine, « Préface », op. cit., p. 15 : « La réalité est que le genre humain est dual, féminin et masculin ; c'est une donnée primaire "d'avant la culture" comme l'écrit justement Alain Sériaux. Hommes et femmes sont différents, hétérogènes, asymétriques, du moins lorsqu'il s'agit d'engendrer des enfants ».

³⁴⁸⁰ THARAUD Delphine, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit., p. 85.

³⁴⁸¹ BOULANGER François, « Droit de la famille et contrôle de la notion d'égalité », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 565.

³⁴⁸² GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, op. cit., p. 361 et s. L'auteure évoque à ce propos une « crise » des statuts des personnes provoquée par l'indifférenciation du droit de la famille.

dénoncées précisément sous l'angle du principe d'égalité, à l'instar des différences relatives aux actions en recherche de paternité et de maternité. Il est vrai qu'en raison des évolutions dans les techniques de procréation et des revendications des couples de personnes de même sexe, le droit de la filiation se détache au fur et à mesure du modèle de la filiation charnelle fondé sur la complémentarité des sexes.

1019. Le droit de la filiation est par conséquent aujourd'hui partagé entre plusieurs mouvements contradictoires, alimentés par des conflits axiologiques. D'un côté, la préservation de la différence des sexes semble constituer, pour de nombreux acteurs juridiques attachés au modèle de la filiation charnelle, l'une des raisons d'être du droit de la filiation ; de l'autre, les revendications égalitaires (l'égalité entre la filiation naturelle et légitime, puis l'égalité des sexualités) ont conduit à accorder davantage d'importance à la volonté plutôt qu'à la « nature » dans l'établissement du lien de filiation. Ce double mouvement conduit à rendre le droit de la filiation particulièrement complexe et même parfois incohérent. Le législateur a, par exemple, ouvert le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, sans pour autant se saisir de la question de la présomption de paternité dans un couple de femmes mariées, et a laissé en suspens les questions relatives à l'assistance médicale à la procréation (AMP) et à la gestation pour autrui (GPA) pour ces types de couples³⁴⁸³. Cela étant, même si le modèle « ancien » de la filiation apparaît actuellement « brouillé »³⁴⁸⁴, il n'est pas prêt de disparaître, comme en témoigne la pérennité des normes sexuées relatives à la filiation.

1020. Le maintien de la différence des sexes dans le droit de la filiation a donc partie liée avec la prédominance du modèle de la filiation charnelle fondée sur la complémentarité des sexes dans l'engendrement, qui demeure, en dépit de la montée en puissance d'une approche « volontariste » de la filiation (section I). Mais bien que la différence de régimes juridiques entre la filiation paternelle et la filiation maternelle ne soit pas qualifiée de différence illégitime, elle est constitutive d'inégalités entre les femmes et les hommes. Comme les précédents chapitres ont pu l'établir, il est en effet aujourd'hui considéré en droit positif qu'une différence de traitement devient inégalitaire, sur le plan formel, lorsqu'elle conduit à désavantager un sexe plutôt qu'un autre, mais aussi, au sens de l'égalité réelle, lorsqu'elle conduit à reproduire la hiérarchie de genre. Or, si pour certains auteurs la « complémentarité des sexes ne signifie plus leur inégalité »³⁴⁸⁵, les

³⁴⁸³ MARGUET Laurie, MESNIL Marie, « Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français », *Revue des droits de l'homme*, juin 2014.

³⁴⁸⁴ ENSELLEM Cécile, *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, Presses universitaires de Rennes, 2004, p. 176 : « L'adage selon lequel la mère est toujours la mère et le père est le mari de la mère, qui gouvernait encore dans le XIX^e siècle les principes du droit de la filiation, est brouillé actuellement ».

³⁴⁸⁵ LABRUSSE-RIOU Catherine, *op. cit.*, p. 18.

normes sexuées du droit de la filiation reposent bien sur des représentations liées aux rôles sociaux attribués aux hommes et aux femmes dans la parenté, et non pas seulement sur des différences purement biologiques. De ce point de vue et encore une fois, le maintien par le droit du genre comme système de division binaire nourrit ici le genre comme système de représentation des rôles sociaux inégalitaires, contre lequel le droit prétend paradoxalement lutter (section II).

Section I. Le modèle de la filiation fondé sur la différence des sexes dans l'engendrement

1021. Ces dernières années, les réformes relatives au mariage des couples de personnes de même sexe et au changement de sexe à l'état civil, portées au nom de l'égalité, ont conduit à ébranler l'idée de la nécessaire complémentarité des sexes dans le rôle de parents. Elles n'ont cependant pas conduit, contrairement à ce que redoutent certains « adversaires » de l'indifférenciation, à supprimer les différences de traitement entre les sexes en matière de filiation, qui échappent majoritairement à une appréciation sous l'angle des principes d'égalité et de non-discrimination. La « filiation », lien juridique de parenté qui unit l'enfant à ses parents, est ainsi détachée de la « parentalité », qui désigne davantage la prise en compte par le droit des relations affectives entre les parents et l'enfant sous l'angle de l'autorité parentale et des obligations d'entretien de l'enfant³⁴⁸⁶. En effet, alors que la « parentalité » désigne davantage les relations « sociales » entre les parents et l'enfant, la filiation ou parenté est communément appréhendée comme avant tout fondée sur un lien « biologique »³⁴⁸⁷, et ce malgré l'existence de la filiation adoptive. Il résulte de ce lien « évident » entre la filiation et l'engendrement biologique impliquant nécessairement un homme et une femme, que la complémentarité des sexes est érigée en pilier fondamental du droit de la filiation. Ainsi, même si le modèle de la filiation charnelle est fortement concurrencé par le modèle volontariste (à travers les mécanismes de l'adoption, de la reconnaissance ou de la possession d'état) – et se détache à certains égards de l'engendrement et donc de la complémentarité des sexes –, il demeure fondamental dans le droit de la filiation.

1022. Les différences biologiques entre les sexes justifient qu'ils soient traités différemment par le droit de la filiation, sans que cela soit constitutif de discriminations (I). La « naturalisation » du lien juridique entre les parents et l'enfant, en dépit de la montée en puissance du rôle de la volonté dans l'établissement de la filiation, conduit en quelque sorte à exclure toute application du principe d'égalité aux différences de traitement entre pères et mères (II).

³⁴⁸⁶ COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Paris, Sirey, 6^e édition, 2013, p. 320-322.

³⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 319 : « L'enfant est le fruit de l'union d'un homme et d'une femme. Ce fait biologique est pris en compte par le droit de la filiation qui établit l'état de l'enfant en le rattachant à ses père et mère par un lien juridique de filiation [...]. En ce sens, l'enfant doit être envisagé comme partie du rapport de parenté qui le relie à ses père et mère. La filiation établie entre un enfant et ses parents traduit un lien biologique, affectif, mais aussi juridique. Ce qui va produire un certain nombre de conséquences et doter l'enfant d'un statut juridique ».

I. Les différences de traitement entre pères et mères dans l'établissement du lien de filiation

1023. Depuis les années 1970, les réformes du droit de la famille portées en application du principe d'égalité ont conduit à la déssexualisation des énoncés juridiques³⁴⁸⁸. Elles ont conduit à une indifférenciation du droit par rapport au sexe des époux, fondée sur l'évolution des rôles sociaux au sein des couples et même dans les relations entre les parents et les enfants : la puissance maritale et la puissance paternelle ont laissé place à l'égalité entre les époux et à l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Ce mouvement d'indifférenciation n'a toutefois pas touché les normes relatives à l'établissement du lien de filiation, qui continuent de distinguer entre la filiation paternelle et la filiation maternelle. Remettre en cause cette distinction apparaît en effet inconcevable, dans la mesure où la distinction entre père et mère dans l'engendrement de l'enfant n'est pas conçue comme issue de rôles sociaux pouvant évoluer, mais comme fondée sur des fonctions biologiques différentes que le droit ne ferait que constater³⁴⁸⁹.

1024. Ainsi, le maintien des termes de « mère » et « père » dans le Code civil en 2013 a marqué la volonté du législateur de préserver les fonctions différenciées des femmes et des hommes dans l'engendrement (A). Celles-ci justifient l'établissement de régimes juridiques différenciés entre les sexes quant à l'établissement du lien de filiation (B).

A. Les limites de l'égalité comme indifférenciation : le maintien de la différence entre mères et pères par la loi sur le mariage pour tous

1025. La réforme de 2013 relative à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a suscité de fortes résistances quant à une éventuelle déssexualisation complète des énoncés du Code civil relatifs aux fonctions parentales et en particulier à la filiation, conduisant le législateur à conserver les termes sexués de « père » et « mère ». Il ressort dès lors de la réforme que les parents sont encore appelés à exercer un rôle sexué différent vis-à-vis de l'enfant, comme le montrent les dispositions relatives à la transmission du nom de famille à l'enfant.

1026. **La conservation en 2013 des termes « père » et « mère » dans le Code civil.** La loi du 17 mai 2013, validée par le Conseil constitutionnel, a procédé – comme l'ont contesté nombre

³⁴⁸⁸ MARGUET Laurie, MESNIL Marie, « L'égalité des sexes et des sexualités au prisme du droit de la famille », *Mouvements*, n° 82, 2015/2, p. 49.

³⁴⁸⁹ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Les “droits des femmes” face aux réformes récentes du droit de la famille », *L'Année sociologique*, Vol. 53, 2003/1, p. 177 : « L'égalité s'est aussi réalisée en droit de la famille par le biais d'une indifférenciation des rôles du mari et de la femme, du père et de la mère. Or, s'il est un lieu où la différence des sexes ne peut être niée, c'est bien dans la famille, la paternité et la maternité biologiques présentant de grandes différences naturelles ».

d'auteurs³⁴⁹⁰ – à une indifférenciation des règles du Code civil relatives au mariage et à l'adoption quant au sexe des époux ou des parents. Mais deux phénomènes montrent que le législateur n'a pas entendu se départir de la différence des sexes dans le rôle de parents.

1027. En premier lieu, le projet de loi initial prévoyait la substitution, dans les Livres I et III du Code civil, de toutes les références aux termes de « père » et de « mère » par le terme de « parents »³⁴⁹¹. Cependant, la suppression de la référence au genre n'a pas survécu aux travaux parlementaires. Par le biais d'un amendement adopté à l'initiative du rapporteur de la Commission des lois et de la Commission des affaires sociales et modifié par le Sénat, la majorité parlementaire a préféré adopter une règle générale d'interprétation et d'application – un « article-balai » (l'article 6-1 du Code civil) – avant le titre I du Livre I du Code civil. Ce dernier rend l'essentiel des dispositions sexuées du Livre I expressément applicables aux couples de personnes de même sexe³⁴⁹². Le format choisi par le législateur ne conduit toutefois pas à supprimer la différence des sexes dans les énoncés du Code civil. Bien que le rapporteur précise que le choix de ce format tient davantage « à la rigueur juridique, et non à une quelconque volonté de rétablir symboliquement les mots “père” et “mère” »³⁴⁹³, il est difficile de croire que la forte résistance des parlementaires opposés à la suppression des termes « père » et « mère » n'ait pas été décisive³⁴⁹⁴ – même si les mêmes parlementaires ont ensuite paradoxalement contesté « l'intelligibilité » du nouvel article 6-1³⁴⁹⁵.

1028. En second lieu, l'article 6-1 prévoit expressément que son application ne concerne pas le titre VII du Livre I du Code civil relatif à la filiation charnelle, comme le souligne et l'approuve le Conseil constitutionnel³⁴⁹⁶. Il en résulte que le droit de la filiation demeure attaché au modèle de

³⁴⁹⁰ BRUNETTI-PONS Clotilde, « *Rapport introductif au colloque sur la complémentarité des sexes en droit de la famille* », *op. cit.*, p. 53 ; DELVOLVÉ Pierre, « Constitution et société », *RFDA*, 2013, p. 923 ; HAUSER Jean, « Mariage asexué : tout va bien Madame la marquise... », *RTD Civ.*, 2013, p. 579 ; LE POURHIET Anne-Marie, « Le mariage de Mamère et la “Constitution de mon père” », *Constitutions*, 2013, p. 166.

³⁴⁹¹ Article 4 du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 7 décembre 2012.

³⁴⁹² Article 6-1 du Code civil : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent Code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe », introduit par l'article 13 de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

³⁴⁹³ BINET Erwann, Rapport n° 628 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013, p. 352.

³⁴⁹⁴ Voir l'intervention du député Xavier Breton, *in* BINET Erwann, Rapport précité, p. 355 : « Le rapporteur a évoqué notre attachement chamanique, quasi biblique, aux mots de “père” et “mère”. Oui, nous sommes attachés aux mots de “père” et “mère”, comme des millions de Français. Pour nous, ces mots ont un sens profond et nous les défendons ».

³⁴⁹⁵ Cons. constit., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, cons. 40.

³⁴⁹⁶ Décision n° 2013-669 DC précitée, cons. 40. Voir sur ce point BRUNET Laurence, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », *RDSS*, 2013, p. 908 : « Aucune assimilation n'est permise entre les deux modalités de la filiation. Les règles d'établissement de la filiation par procréation ne sauraient être transposées aux couples de même sexe. Le Conseil élève un rempart contre toute tentative de détournement des modes traditionnels d'établissement de la filiation par extension aux situations où l'enfant n'a pas été engendré par ses parents ».

la conception d'un enfant par l'acte sexuel des parents de sexes différents, un couple de personnes de même sexe ne pouvant en lui-même engendrer un enfant par un tel acte. Ainsi, comme le souligne une auteure, « au cas où un enfant naîtrait dans un couple de deux femmes, il ne serait pas envisageable de le rattacher à la conjointe de sa mère légale par le jeu d'une présomption de parenté, sur le modèle de la présomption de paternité »³⁴⁹⁷. La différenciation des rôles du père et de la mère dans l'engendrement reste par conséquent considérée par le législateur comme fondamentale. L'exclusion des couples de personnes de même sexe de la filiation *ab initio* montre ainsi que le droit appréhende les fonctions de père et mère, dans la filiation, comme non interchangeables : un homme ne pouvant remplacer une mère dans un couple de parents de même sexe, et inversement. Or, l'importance donnée par le droit à la sexuation des fonctions de parents – et, partant, à la complémentarité des sexes – ne se limite pas au rôle de ces derniers dans l'engendrement : une femme ne saurait, par exemple, être considérée comme un « père » social pour l'enfant qui ne peut résolument être qu'une personne de sexe masculin. Le juge civil refuse ainsi d'étendre le congé de paternité à la conjointe de sexe féminin dans un couple de même sexe³⁴⁹⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi considéré comme irrecevable la demande du bénéficiaire du congé de paternité par une femme pacsée avec la mère de l'enfant³⁴⁹⁹, car elle peut exiger un congé d'accueil de l'enfant lorsque le père ne souhaite pas exercer son droit au congé de paternité³⁵⁰⁰.

1029. Si le législateur a exclu les couples de personnes de même sexe des règles relatives à la filiation, ce n'est donc pas uniquement parce que l'acte sexuel entre un homme et une femme est biologiquement nécessaire pour engendrer un enfant. C'est également parce qu'il est admis que les pères et les mères ont un rôle différent à jouer dans la prise en charge de l'enfant après la naissance, dans « l'intérêt de l'enfant », comme le prônaient certains parlementaires hostiles à la loi de 2013³⁵⁰¹. Cette différenciation par le droit entre les fonctions de « père » et de « mère » est également révélée par les dispositions relatives à la transmission du nom de famille à l'enfant, qui demeurent sexuées.

³⁴⁹⁷ BRUNET Laurence, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », *op. cit.*, p. 908.

³⁴⁹⁸ Cass. 2^e civ., 11 mars 2010, n° 09-65.853, CROS-COURTIAL Marie-Louise, « Le congé de paternité : une question de genre », *Revue du droit du travail*, 2010, p. 521 : « La compagne homosexuelle de la mère n'est en aucun cas une personne de sexe masculin rattachée par un lien de filiation juridique à l'enfant. Lui refuser le congé de paternité ne constitue pas un acte discriminatoire : la femme ne peut bénéficier d'un avantage qui est, de par la loi, réservé exclusivement au père ».

³⁴⁹⁹ CEDH, 12 décembre 2017, *Hallier et autres c/ France*, n° 46386/10.

³⁵⁰⁰ Article 94 de la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 complétant l'article L. 1225-28 du Code du travail : « Lorsque le père de l'enfant n'exerce pas son droit, le bénéfice de celui-ci est accordé au conjoint salarié de la mère ou à la personne liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle. »

³⁵⁰¹ Voir par exemple l'intervention de Luc Chatel lors de la séance du 1^{er} février 2013 à l'Assemblée nationale, p. 729 : « Le mariage intègre, en effet, la perspective de la filiation et il est indispensable qu'il demeure le lieu de cette filiation. Différencier père et mère est nécessaire à la construction de l'enfant ».

1030. **Le maintien de l'importance du père dans la dévolution du nom de famille à l'enfant.** Les règles du Code civil relatives à la transmission du nom de famille à l'enfant ont connu, depuis 2002, une indifférenciation croissante quant au sexe des parents³⁵⁰². L'article 311-21 du Code civil n'établit toutefois pas une indifférenciation stricte au regard du sexe des parents, puisqu'il énonce que ceux-ci choisissent « soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux ».

1031. Pour certains auteurs, la conservation des termes de « père » et « mère » procède ici d'une « redifférenciation » du droit civil au regard du sexe, qui témoigne de l'affirmation par le législateur d'une « différence quasiment ontologique entre l'homme et la femme »³⁵⁰³. Surtout, cette règle égalitaire ne vaut qu'en cas d'établissement simultané de la filiation à l'égard des deux parents et en cas d'accord explicite des deux parents. En effet, l'article 311-21 privilégie le rôle du père, en précisant qu'en « l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom du père »³⁵⁰⁴. Il suffit que le père oppose son désaccord pour que son propre nom soit transmis à l'enfant, ce qui constitue une inégalité majeure³⁵⁰⁵.

1032. D'aucuns auraient pu penser que la loi du 17 mai 2013 achèverait l'égalisation des rôles parentaux dans la dévolution du nom de famille à l'enfant, dès lors que des différences de traitement sexuées dans un couple de même sexe n'ont pas de sens. Le processus d'égalisation ne concerne toutefois pas le titre VII du Code civil relatif à la filiation, au sein duquel se trouve précisément l'article 311-21. Le législateur est tout de même allé plus loin dans l'égalisation qu'en 2002, puisqu'il a prévu qu'en cas de désaccord entre les parents quant au choix du nom de famille, signalé à l'officier d'état civil, « l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier

³⁵⁰² Cf. partie I, titre II, chapitre I.

³⁵⁰³ DUVERT Cyrille, « L'homme et la femme dans le Code civil ou la dialectique du donné et du construit », in BLOCH Pascale, DUVERT Cyrille, SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2016, p. 36.

³⁵⁰⁴ Contrairement à ce que prévoyait la proposition de loi de Gérard Gouzes rejetée par le Sénat (proposition de loi n° 2709 de Gérard Gouzes enregistrée à l'Assemblée nationale le 15 novembre 2000 ; GOUZES Gérard, Rapport n° 2911 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur la proposition de loi relative au nom patronymique, enregistré à l'Assemblée nationale le 1^{er} février 2001), l'article 311-21 énonce qu'en l'absence de déclaration conjointe à l'officier d'état civil, celui-ci prendra le nom du père. Il est ainsi nécessaire pour les parents de se manifester ensemble auprès de l'officier d'état civil s'ils souhaitent choisir le nom de la mère ou les deux noms accolés : par principe, donc, le nom du père demeure la règle à défaut d'une telle manifestation : « La solution du double nom est également appelée à résoudre l'hypothèse d'un désaccord initial entre les parents. Dans ce cas, il est proposé que l'ordre des deux patronymes accolés suive celui des lettres de l'alphabet ». De même, en cas d'adoption simple, l'article 363 du Code civil prévoit qu'en cas de désaccord entre les parents adoptifs, le nom du mari prime (article 18 de la loi du 4 mars 2002).

³⁵⁰⁵ Toutefois, cette inégalité ne semble pas constituer une discrimination au sens de l'article 14 de la CEDH, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne du 7 janvier 2014, *Cusan et Fazzo c. Italie*, n° 77/07. En effet, si la Cour a condamné la législation italienne qui imposait sans exception la transmission du nom du père à l'enfant, il semble qu'un dispositif offrant un choix aux parents de pouvoir transmettre le nom de la mère ou le double-nom, tel que l'article 311-21 du Code civil français, même si une déclaration conjointe est exigée, ne constituerait pas une violation de l'article 8 et 14 de la CEDH.

nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique»³⁵⁰⁶. La règle de l'ordre alphabétique, approuvée par le Conseil constitutionnel, permet ainsi de mettre fin à toute préférence sexuée en cas de désaccord.

1033. Cependant, cette nouvelle disposition égalitaire ne s'applique pas lorsqu'il y a absence de déclaration conjointe des parents, contrairement à ce qui est prévu en cas de filiation adoptive³⁵⁰⁷. Dans ce cas, l'article 311-21 prévoit deux possibilités : soit l'établissement de la filiation n'a pas lieu simultanément et l'enfant prend alors le nom de celui de ses parents à l'égard duquel la filiation est établie en premier³⁵⁰⁸ – privilégiant le parent qui a manifesté en premier son lien avec l'enfant ; soit l'établissement de la filiation a eu lieu de façon simultanée à l'égard de l'un et l'autre parent et, dans ce cas, l'enfant prend automatiquement le nom du père. Le maintien de la dévolution du nom du père « par défaut » montre qu'une représentation « de principe » subsiste. Elle différencie les rôles des mères et pères quant à leur lien avec l'enfant. Le maintien de cette inégalité juridique entre les parents est souvent justifié par l'inégalité des rôles des pères et mères dans l'engendrement et dans l'établissement du lien de filiation avec l'enfant, la possibilité ouverte au père de transmettre son nom à l'enfant permettant de « compenser les avantages » des femmes de porter l'enfant³⁵⁰⁹. En d'autres termes, le nom du père est appréhendé « comme un rempart face à la toute-puissance maternelle »³⁵¹⁰.

1034. C'est donc parce qu'il est considéré qu'hommes et femmes ont un rôle différent à jouer en matière de filiation, que les règles de dévolution du nom de famille maintiennent une différence de traitement fondée sur le sexe, mais non constitutive d'une discrimination. La référence aux « pères » et « mères », même à la suite de la réforme égalitaire qu'est la loi du 17 mai 2013, trouve donc sa justification dans les différents statuts qui régissent la filiation maternelle et la filiation paternelle.

³⁵⁰⁶ Article 11 de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

³⁵⁰⁷ Les parlementaires hostiles à la loi estiment, dans la saisine du Conseil constitutionnel, que la loi instaure une rupture d'égalité entre les enfants adoptés et les autres enfants, car la règle du double-nom par ordre alphabétique vaut en l'absence de déclaration conjointe en cas de filiation adoptive (article 357 du Code civil) alors qu'elle ne s'applique qu'en cas de désaccord pour la filiation charnelle. Le Conseil constitutionnel considère, de façon succincte, que la différence de traitement entre les deux modes de filiation est justifiée par « la différence entre les formalités relatives à la dévolution du nom de famille » (décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, cons. 68).

³⁵⁰⁸ GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1585.

³⁵⁰⁹ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « L'art législatif de la personne située dans la législation française relative aux femmes », *L'Année sociologique*, Vol. 53, 2003/1, p. 74.

³⁵¹⁰ L'expression est due au député Gérard Gouzes – lui-même en faveur d'une réforme égalitaire – lors de la séance du 8 février 2001 à l'Assemblée nationale, p. 1292. Voir l'intervention de Marie-Thérèse Boisseau, p. 1302 : « La transmission du nom de la femme risque de concentrer sur la même tête tous les pouvoirs relatifs à la place de l'enfant dans la famille, alors même que les lois récentes en matière d'autorité parentale dans les familles désunies s'emploient à mettre fin à l'effacement excessif du père ».

B. L'établissement de la filiation différenciée : le père géniteur, la mère gestatrice

1035. Alors que les normes relatives à l'établissement du lien de filiation distinguent entre les parents selon leur sexe, elles font rarement l'objet d'un contrôle au regard du principe d'égalité ; une telle exclusion est justifiée par la différence de situation « naturelle » existant entre les sexes dans l'engendrement. En effet, comme l'affirme Françoise Dekeuwer-Défossez : « La recherche de l'égalité des sexes dans le droit de la famille confronte le juriste à une aporie résultant du parti pris législatif de ce que seule l'identité des droits est à même de réaliser leur égalité parfaite. En effet, paternité et maternité sont tellement dissemblables que la recherche de cette identité de droits se heurte inévitablement à des impossibilités majeures. La mère bénéficie d'une situation privilégiée dans la mesure où la maternité est évidente. L'accouchement fonde des liens naturels qui n'ont besoin d'être confortés par aucune institution juridique. Le père, par contre, doit être désigné pour devenir tel »³⁵¹¹. Certes, la structure du Titre VII du Code civil définissant les différents modes d'établissement de la filiation apparaît à première vue plutôt neutre quant au sexe des parents, en particulier s'agissant des règles relatives à la reconnaissance et à la possession d'état³⁵¹². Mais une analyse des énoncés et de l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence montre que le droit de la filiation établit bien une « dissymétrie » entre les pères et mères dans les modes d'établissement du lien juridique avec l'enfant, en se fondant sur leurs différences biologiques³⁵¹³. La maternité est définie par l'accouchement, tandis que la paternité est davantage établie par la volonté, présumée refléter la qualité biologique de géniteur. Dès lors, « l'évidence » de la maternité par l'accouchement rend l'établissement de la filiation maternelle automatique contrairement à la filiation paternelle établie hors mariage. La différence de fondement biologique sur laquelle s'appuient les règles d'établissement des liens de filiation paternelle et maternelle – la gestation pour la mère et le lien génétique pour le père – se trouve grandement confortée par le traitement juridique de la gestation pour autrui (GPA), même dans ses manifestations les plus récentes.

1036. **Le caractère automatique de la filiation maternelle par rapport à la filiation paternelle.** Les règles gouvernant l'établissement de la filiation, qu'il s'agisse de la voie légale ou de la voie judiciaire, reposent sur une automaticité supposée du lien mère/enfant, contrairement

³⁵¹¹ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Les “droits des femmes” face aux réformes récentes du droit de la famille », *op. cit.*, p. 186.

³⁵¹² Article 310-1 du Code civil : « La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété. Elle peut aussi l'être par jugement dans les conditions prévues au chapitre III du présent titre ».

³⁵¹³ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, CNRS Éditions, 2014, p. 52.

au lien père/enfant qui dépend largement de la volonté du père d'être reconnu comme géniteur. Concernant tout d'abord l'établissement de la filiation par voie légale, la filiation maternelle est systématiquement établie par l'effet de la loi, à savoir par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance (article 311-25 du Code civil³⁵¹⁴). L'application de l'adage « *mater sempra certa est* » (« la mère est toujours certaine ») fait en effet de l'accouchement le fait générateur de la maternité³⁵¹⁵, ce qui rend les autres modes d'établissement légal de la filiation – la reconnaissance et la possession d'état, dont les règles sont pourtant neutres quant au sexe – quasiment non pertinents pour la filiation maternelle³⁵¹⁶. Le « monopole »³⁵¹⁷ de la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance a été de plus renforcé par l'ordonnance de 2005, qui rend marginal le rôle de la reconnaissance comme mode d'établissement du lien de filiation maternelle et provoque un « recentrage de la maternité juridique autour du fait biologique de l'accouchement »³⁵¹⁸. En effet, avant la réforme de 2005, la femme non mariée devait reconnaître l'enfant pour devenir sa mère³⁵¹⁹, tandis que le mariage rendait automatique le lien de filiation entre l'enfant et la femme qui accouchait. Cette solution, plutôt égalitaire entre les pères et les mères puisqu'hommes et femmes non mariés devaient de la même façon reconnaître l'enfant pour établir un lien de filiation, constituait en revanche une inégalité entre les femmes mariées et non mariées, et a de ce fait été supprimée en 2005, la possibilité d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme n'étant pas à exclure³⁵²⁰. La règle créée en 2005, réitérée par la jurisprudence³⁵²¹, a donc non seulement réintroduit une différence de traitement entre hommes et femmes non mariés – le lien automatique de filiation par l'accouchement jouant à l'égard des secondes mais

³⁵¹⁴ Créé par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

³⁵¹⁵ COURBE Patrick, GOUTTENNOIRE Adeline, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 337.

³⁵¹⁶ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 57 : « Certes, l'absence d'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, quoique exceptionnel, est possible (accouchement sous X ou simplement absence d'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance) ; simplement, un établissement ultérieur de la maternité par reconnaissance ou par possession d'état est improbable voire suspect car laissant présager le recours à une gestation pour autrui ».

³⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 57 : « La diversité des modes d'établissement de la maternité est illusoire ».

³⁵¹⁸ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « L'établissement de la filiation », in BLOCH Pascale, DEPADT Valérie, *L'identité génétique de la personne. Entre transparence et opacité*, Paris, Dalloz, 2007, p. 25.

³⁵¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2004, n° 03-19026 : « En l'absence de reconnaissance, la filiation n'était pas établie ».

³⁵²⁰ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Les “droits des femmes” face aux réformes récentes du droit de la famille », *op. cit.*, p. 189 : « Il y a là de toute évidence une discrimination entre les mères mariées et célibataires, puisque seules les dernières sont assujetties à cette obligation. Et il est certain que cette inégalité est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme ». Dans l'affaire *Marckx contre Belgique* du 13 juin 1979 (n° 6833/74), qui concerne le droit belge similaire au droit français sur ce point, la Cour condamne en effet non seulement la reconnaissance comme mode d'établissement de la filiation maternelle, contraire à l'article 8, mais elle estime de plus que la différence de traitement entre, d'une part, la filiation maternelle légitime établie de façon automatique et, d'autre part, la filiation maternelle naturelle établie par la reconnaissance, constitue une discrimination entre les enfants légitimes et les enfants naturels et donc une violation de l'article 14 de la Convention.

³⁵²¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 février 2006, n° 05-13006. La Cour d'appel avait jugé que faute de reconnaissance de l'enfant par la femme qui avait accouché et en l'absence de possession d'état ou de mariage démontré de ses parents, son acte de naissance ne pouvait suffire à établir sa filiation maternelle. La Cour de cassation casse l'arrêt, en jugeant que la femme était désignée en tant que mère dans l'acte de naissance, ce dont il résultait que la filiation maternelle de celui-ci était établie. Cette solution est depuis réitérée régulièrement, par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2008, n° 07-13642 et 15 décembre 2010, n° 09-16968.

non des premiers toujours soumis à la reconnaissance³⁵²² – mais elle a de plus conforté une définition de la maternité par l'accouchement qui concerne désormais toutes les femmes. La réforme renforce l'idée de l'automatisme du lien de filiation maternelle et donc d'un certain déterminisme du lien naturel entre la mère et l'enfant, qui échappe à la volonté de la femme qui accouche : « On ne part plus du principe que la femme mariée (comme d'ailleurs son époux) va vouloir se rattacher juridiquement à son enfant mais que toutes les femmes vont le vouloir [...] la gestatrice ne peut que vouloir être mère »³⁵²³. Cette évolution est d'autant plus intéressante qu'elle a lieu précisément au moment où, dans les faits, on prend conscience avec la GPA que l'accouchement peut être détaché de la maternité, que la gestatrice n'est plus forcément la génitrice ou la femme qui souhaite l'enfant (cf. *infra*). Le caractère automatique et certain du lien de filiation maternelle ressort pourtant également de la règle de conflit de lois énoncée à l'article 311-14 du Code civil, qui pose par principe que « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ». Le droit de la filiation construit ainsi un lien systématique entre la maternité et le fait biologique de l'accouchement. En plaçant la gestation au centre de la définition de la maternité, la filiation maternelle se présente, pour certains auteurs, « comme une sorte de faveur faite au mérite de cette ouvrière de la gestation »³⁵²⁴ conduisant à créer un « empire du ventre »³⁵²⁵. Une telle construction a pour effet de minimiser le rôle de la volonté dans l'établissement de la filiation maternelle, créant une différence de traitement par rapport à la filiation paternelle pour laquelle c'est la volonté qui joue un rôle central.

1037. Le lien de filiation paternelle n'est pas déterminé avec autant d'« évidence » que le lien de filiation maternelle, dès lors que les hommes ne peuvent en principe accoucher. Le droit de la filiation reproduit encore aujourd'hui « le célèbre adage juridique opposant le père “incertain” et la mère “toujours certaine” [qui] n'est pas un simple constat sur la différence entre le mâle, qu'Aristote définissait comme l'être qui “engendre hors de soi” et la femelle qui “engendre en soi”. Il indique le principe d'une asymétrie du droit, qui définit toujours la paternité d'un homme de façon indirecte, par le rapport de l'homme avec la maternité d'une femme »³⁵²⁶. Cette asymétrie repose sur une représentation classique opposant « la maternité “naturelle” (dans ou hors

³⁵²² HAUSER Jean, « Le couple sexué et le droit de la famille », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, *op. cit.*, p. 69.

³⁵²³ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 58.

³⁵²⁴ BANDRAC Monique, « L'égalité des père et mère face à la transparence des origines », in BLOCH Pascale, DEPADT Valérie, *L'identité génétique de la personne. Entre transparence et opacité*, Paris, Dalloz, 2007, p. 62.

³⁵²⁵ IACUB Marcela, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, 2004.

³⁵²⁶ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelles*, Rapport précité, p. 38.

mariage) et la paternité qui serait “sociale” parce qu’elle reposerait uniquement sur la volonté³⁵²⁷. Une telle opposition est particulièrement prégnante en ce qui concerne l’établissement de la filiation hors mariage. Dans ce cas, la filiation de l’enfant à l’égard du père est établie par le mécanisme de la reconnaissance³⁵²⁸ – expression directe de la volonté d’être parent – ou, de façon subsidiaire, par le biais de la possession d’état³⁵²⁹ – expression indirecte de la volonté manifestée par la prise en charge effective et notoire de l’enfant par la personne se réclamant de la possession d’état. Ces modes d’établissement fondés sur la volonté, bien qu’applicables théoriquement aux deux parents, ne concernent en pratique que les hommes, puisque l’établissement de la filiation maternelle résulte désormais automatiquement de la mention du nom de la mère dans l’acte de naissance, même hors mariage. Du reste, si l’acte de naissance ne désigne pas le nom de la mère et qu’une femme reconnaît l’enfant ou souhaite faire établir la possession d’état, « celle-ci est suspectée de maternité de substitution »³⁵³⁰.

1038. Cette appréhension du lien de filiation paternelle comme acte de volonté, par définition non automatique, doit toutefois être nuancée, car le mariage rend la filiation à l’égard du mari de la mère de l’enfant automatique, par le biais de la présomption de paternité³⁵³¹. Et le caractère automatique de la présomption de paternité est censé refléter, comme pour la mère, un phénomène biologique (la participation du géniteur à la conception de l’enfant)³⁵³², la présomption de paternité découlant de l’obligation de fidélité des époux³⁵³³ ou tout du moins du devoir conjugal³⁵³⁴. Néanmoins, la reconnaissance, fondée sur la volonté, reste le mode d’établissement de la paternité le plus courant³⁵³⁵, le nombre de naissances hors mariage étant toujours plus important³⁵³⁶. Surtout, certains auteurs avancent que la présomption de paternité est elle-même un acte de volonté, « exprimée au moment du mariage, d’accueillir et de reconnaître à l’avance les enfants issus du ventre de l’épouse »³⁵³⁷. De ce point de vue, le mécanisme de

³⁵²⁷ *Ibid.*, p. 39.

³⁵²⁸ Article 316 du Code civil : « Lorsque la filiation n’est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l’être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance ».

³⁵²⁹ Article 317 du Code civil : « Chacun des parents ou l’enfant peut demander au juge du tribunal d’instance du lieu de naissance ou de leur domicile que lui soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d’état jusqu’à preuve du contraire ».

³⁵³⁰ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « L’établissement de la filiation », in BLOCH Pascale, DEPADT Valérie, *L’identité génétique de la personne. Entre transparence et opacité*, op. cit., p. 26.

³⁵³¹ Article 312 du Code civil : « L’enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

³⁵³² THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 38.

³⁵³³ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Les “droits des femmes” face aux réformes récentes du droit de la famille », op. cit., p. 188.

³⁵³⁴ IACUB Marcela, *L’Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, op. cit., 49.

³⁵³⁵ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », op. cit., p. 57.

³⁵³⁶ Selon l’Insee, le taux de naissance hors mariage pour l’année 2016 est de 58,1 %, il était de 50,7 % en 2007 (Source : Insee, Statistiques d’état civil sur les naissances et Bilan démographique).

³⁵³⁷ IACUB Marcela, *L’Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, op. cit., p. 51.

présomption instauré par le Code civil ne tend pas à l'établissement de la vérité biologique, mais seulement à sa « vraisemblance »³⁵³⁸.

1039. Quelle que soit la place empirique de la volonté dans le lien de filiation paternelle, la différence de traitement entre les père et mère dans l'établissement du lien de filiation est incontestable : d'un côté, la maternité découle automatiquement du fait biologique de la gestation tandis que, de l'autre, la paternité repose sur la « vraisemblance » du lien génétique avec l'enfant, celle-ci laissant une place au choix de l'homme d'être père. La différence est donc en réalité double : d'une part, la place de la volonté est plus grande pour le père et, d'autre part, le fondement biologique de la filiation diffère selon le sexe, la maternité étant définie par la gestation et la paternité par le lien génétique³⁵³⁹. Une telle différence est encore plus visible dans les règles relatives au contentieux de la filiation. S'agissant, en premier lieu, des actions tendant à l'établissement du lien de filiation, alors que la paternité peut être prouvée par la possession d'état – mode volontariste – ou par la preuve du lien génétique entre le père et l'enfant au moyen d'une expertise biologique³⁵⁴⁰, la maternité est seulement prouvée par l'accouchement³⁵⁴¹. Il est vrai que l'article 326 du Code civil prévoit que la mère peut accoucher dans le secret ; l'accouchement sous X fait ainsi obstacle à l'établissement du lien de filiation maternelle par voie judiciaire. Ce mécanisme préserve néanmoins, paradoxalement, la règle selon laquelle seule la femme qui accouche est mère, car juridiquement la femme n'a pas accouché de l'enfant. La fiction juridique permet ici « que la règle qui assure le recouvrement entre accouchement et maternité biologique ne soit pas remise en question »³⁵⁴².

1040. Cette différence entre les sexes quant aux fondements biologiques de la filiation est également visible, en second lieu, dans les règles relatives à la contestation du lien de filiation. L'article 332 dispose en effet que « la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ». Cette disposition confirme explicitement que le fondement biologique de la maternité est bien l'accouchement³⁵⁴³, tandis que la définition de la paternité n'est pas indiquée dans le texte ; néanmoins, « le consensus règne, tant en doctrine

³⁵³⁸ *Ibid.*, p. 37 : « Alors que dans l'ancien droit, la validité du mariage était suspendue à l'exercice d'une sexualité réelle et vérifiable, dans le Code Napoléon, c'est le mariage qui crée la "présomption" d'une sexualité et d'une filiation réelles, sans que ne puisse venir la vérifier ».

³⁵³⁹ BANDRAC Monique, « L'égalité des père et mère face à la transparence des origines », *op. cit.*, p. 62.

³⁵⁴⁰ Article 327 à 331 du Code civil.

³⁵⁴¹ Article 325 alinéa 2 du Code civil : « L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché ».

³⁵⁴² IACUB Marcela, « Naître sous X », *Savoirs et clinique*, n° 4, 2004/1, p. 47.

³⁵⁴³ COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 401.

qu'en jurisprudence à ce propos : le père au sens de l'article 332 du Code civil est le géniteur³⁵⁴⁴. Cependant, là encore, l'importance accordée au fondement biologique apparaît plus pour la maternité que pour la paternité. En effet, au-delà d'un certain délai – dix ans ou cinq ans si la filiation a été établie par titre et confortée par la possession d'état³⁵⁴⁵ – le lien de filiation, maternelle comme paternelle, ne peut plus être contesté. Mais en raison du caractère automatique du lien de filiation maternelle au moment de l'accouchement, « l'impossibilité de contester la maternité au-delà d'un certain délai ne fait que conforter le fondement biologique de la maternité »³⁵⁴⁶. À l'inverse, parce que les hommes peuvent devenir pères d'un enfant qu'ils n'ont pas forcément conçu³⁵⁴⁷ – par le biais de la reconnaissance, de la possession d'état ou même de la présomption de paternité –, le délai « permet, en rendant le titre inattaquable, de faire apparaître des fondements alternatifs à la biologie en matière de paternité »³⁵⁴⁸.

1041. La différence de traitement entre pères et mères réside, par conséquent, non seulement dans l'importance accordée au lien biologique dans l'établissement de la filiation, mais elle résulte également de la définition même du lien biologique au fondement de la filiation. Alors que le père est désigné comme géniteur vraisemblable, le lien génétique entre la mère et l'enfant est, quant à lui, totalement « occulté »³⁵⁴⁹, la maternité étant définie uniquement par l'accouchement³⁵⁵⁰. Une telle différence ressort nettement du contentieux relatif à la GPA.

1042. **Des fondements biologiques différents consolidés par le contentieux de la GPA.**

La maternité pour autrui menace directement la définition de la maternité retenue par le droit français, car la femme à l'origine du projet parental – qui peut être aussi la femme qui transmet ses ovocytes et donc ses gènes à l'enfant³⁵⁵¹ – diffère de celle qui porte l'enfant et qui accouche³⁵⁵². Elle pose donc la question – parmi les multiples interrogations qu'elle suscite³⁵⁵³ –

³⁵⁴⁴ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 55. Voir l'arrêt de principe : Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, n° 98-12806 : « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ».

³⁵⁴⁵ Article 333 et 334 du Code civil.

³⁵⁴⁶ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 59.

³⁵⁴⁷ MARGUET Laurie, MESNIL Marie, « L'égalité des sexes et des sexualités au prisme du droit de la famille », *op. cit.*, p. 51.

³⁵⁴⁸ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 59.

³⁵⁴⁹ BANDRAC Monique, « L'égalité des père et mère face à la transparence des origines », *op. cit.*, p. 62.

³⁵⁵⁰ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 59.

³⁵⁵¹ La maternité pour autrui recouvre ainsi deux cas de figure : d'un côté, la procréation pour autrui, par laquelle la mère porteuse, donneuse d'ovocytes, est fécondée par insémination avec les spermatozoïdes du conjoint ; de l'autre, la gestation pour autrui (GPA), par laquelle les ovocytes proviennent de la mère sociale, biologique en l'occurrence, ou d'une donneuse différente de la mère porteuse (AMICE Véronique, BEAUVILLARD Damien, PIRAUD Morgane, « Présentation des techniques de l'assistance médicale à la procréation », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, Paris, Dalloz, 2015, p. 8).

³⁵⁵² MÉCARY Caroline, « Légaliser la gestation pour autrui au nom de la dignité », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, *op. cit.*, p. 102 : « La maternité a changé. Les adages “la mère est celle qui accouche” ou “la mère est certaine” sont remis en question car on peut être mère en étant uniquement gestatrice (don d'ovocyte ou don d'embryon) tout comme on peut être mère en étant uniquement génitrice (pathologie de l'utérus) ».

de la « signification même de la filiation »³⁵⁵⁴ et en particulier de la filiation maternelle. Au regard de la pratique médicale et sociale de la GPA, le droit français a le choix entre reconnaître le fondement biologique *génétique* de la maternité calqué sur le modèle de la paternité – conduisant à une égalisation des statuts des mères et pères – ou bien conserver une définition de la maternité par la *gestation*, ce qui revient à empêcher toute reconnaissance de la GPA par laquelle la mère n'est précisément pas la femme qui accouche. C'est la seconde solution qui continue de prévaloir, puisque « le mécanisme de la gestation pour autrui qui permettrait à une femme de devenir la mère d'un enfant dont elle n'est pas la gestatrice est interdit en France »³⁵⁵⁵. L'interdiction de l'adoption d'un enfant issu d'une femme porteuse, posée par l'arrêt fondateur de la Cour de cassation du 31 mai 1991, a d'abord été justifiée comme « portant atteinte au principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », les juges considérant le contrat passé entre la femme porteuse et les adoptants comme un « abandon » par la « mère »³⁵⁵⁶. En d'autres termes, c'est parce qu'une femme ne peut se départir volontairement à l'avance de son statut de mère, dès lors qu'elle a accouché de l'enfant, que l'adoption est ici refusée par le juge³⁵⁵⁷. Cette solution jurisprudentielle a été reprise par le législateur en 1994, donnant lieu à la prohibition prévue à l'article 16-7 du Code civil³⁵⁵⁸. La jurisprudence est venue étendre la portée de cette interdiction d'ordre public – justifiant l'intérêt à agir du ministère public³⁵⁵⁹ – en annulant les transcriptions d'actes d'état civil d'enfants issus de GPA pratiquées légalement l'étranger, sur le fondement de la contrariété à l'ordre public international³⁵⁶⁰ ou de la fraude³⁵⁶¹, et empêchant ainsi le jeu normal de la reconnaissance, de la possession d'état ou de l'adoption³⁵⁶². L'invocation de l'ordre public international n'est pas anodine, puisque celui-ci tend à protéger « les principes

³⁵⁵³ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, *op. cit.*, p. 144 : « Elle pose, d'abord, la question des rapports entre le fait et le droit dans un monde où la GPA comme pratique médicale et sociale se globalise ; elle soulève la question de l'exploitation des femmes dans un monde où semble s'imposer une bioéconomie dans laquelle le corps féminin jouerait un rôle central ».

³⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 144.

³⁵⁵⁵ MARGUET Laurie, MESNIL Marie, « L'égalité des sexes et des sexualités au prisme du droit de la famille », *op. cit.*, p. 51.

³⁵⁵⁶ Cass. Assemblée plénière, 31 mai 1991, n° 90-20105. Dans un arrêt de 1989, la Cour de cassation avait déjà jugé que les associations créées pour favoriser la rencontre entre des mères porteuses et des couples demandeurs étaient illicites par leur objet (première chambre civile, 13 décembre 1989, n° 88-15655). Mais « la dissolution de ces associations n'empêcha pas pour autant la pratique des contrats portant sur la maternité de substitution » (COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 426).

³⁵⁵⁷ COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 427.

³⁵⁵⁸ Article 16-7 du Code civil : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », créé par l'article 1^{er} de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

³⁵⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 2008, n° 07-20468.

³⁵⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, n° 09-17130, n° 09-66486, n° 10-19053.

³⁵⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 13 septembre 2013, n° 12-18315, n° 12-30138 ; 19 mars 2014, n° 13-50005.

³⁵⁶² ANDRÉ Caroline, « La différence des sexes et l'établissement de la filiation en droit français : l'étude des filiations sexuellement exclusives », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, *op. cit.*, p. 157.

essentiels du droit français » au sein desquels figure, faut-il alors considérer, le principe selon lequel la mère est désignée par l'accouchement.

1043. Le traitement juridique de la GPA tend donc à conforter la différence des sexes en droit de la filiation, par une définition de la paternité et de la maternité au regard de fondements biologiques différenciés. La différenciation sexuée ne concerne pas uniquement les « parents d'intention » d'une GPA – cette expression est à mobiliser avec précaution, le couple n'étant précisément pas parents au regard du droit. Les femmes qui portent l'enfant, dans le cadre d'une GPA, se trouvent également traitées différemment des hommes qui donnent leur sperme dans le cadre d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur. Contrairement aux femmes porteuses dans le cadre d'une GPA, les « donneurs » dans le cadre d'une AMP ne deviennent pas pères et demeurent même inconnus des parents et de l'enfant par le biais du principe de l'anonymat du don³⁵⁶³. En effet, alors que le droit définit la paternité par le lien génétique, en faisant une exception pour le donneur dans le cadre d'une insémination avec tiers donneur, il définit la maternité par l'accouchement, sans faire d'exception pour la femme qui a porté l'enfant dans le cadre d'une GPA³⁵⁶⁴.

1044. Si l'évolution récente de la jurisprudence, à la fin des années 2010, s'est montrée plus favorable à la reconnaissance des situations découlant d'une GPA réalisée à l'étranger – en s'éloignant d'une appréciation classique³⁵⁶⁵ en termes de fraude – elle a paradoxalement encore davantage renforcé les différences de traitement sexuées, en créant même une inégalité entre les membres du couple à l'origine du projet parental. En effet, au regard de la jurisprudence classique susmentionnée, les auteurs de la fraude étaient traités de manière identique, le lien de filiation ne pouvant dès lors être établi ni avec l'homme ni avec la femme à l'origine du projet. Cette solution avait cependant des conséquences sexuées, puisqu'elle conduisait à priver l'enfant d'un lien de filiation paternelle et non du lien de filiation maternelle, qui pouvait être admis à l'égard de la femme porteuse³⁵⁶⁶. Le juge civil a donc modifié sa jurisprudence afin de favoriser la reconnaissance du lien génétique entre l'enfant issu d'une GPA et le père d'intention, créant une différence de traitement entre les sexes³⁵⁶⁷. Le père génétique peut ainsi « faire une reconnaissance qui, n'étant pas mensongère, ne pourra être contestée en faisant la preuve qu'il n'était pas le

³⁵⁶³ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 157.

³⁵⁶⁴ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 60.

³⁵⁶⁵ Article 336 du Code civil : « La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi » ; FABRE-MAGNAN Muriel, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2384.

³⁵⁶⁶ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 61.

³⁵⁶⁷ Cass. Assemblée plénière, 3 juillet 2015, n° 14-21323 et n° 15-50002.

père »³⁵⁶⁸. À l'inverse, même si la filiation maternelle est établie à l'égard de la femme à l'origine du projet parental, par une reconnaissance prénatale ou en indiquant son nom dans l'acte de naissance de l'enfant, la maternité peut toujours être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. Et bien que certains auteurs évoquent à cet égard une « discrimination » entre les sexes³⁵⁶⁹, il ne s'agit précisément pas d'une discrimination mais d'une inégalité juridiquement admise.

1045. La jurisprudence civile admet ainsi dorénavant la transcription du lien de filiation entre le père géniteur et l'enfant issu d'une GPA alors qu'elle refuse toujours la reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger à l'égard de la « mère d'intention », fût-elle la « mère » au sens génétique³⁵⁷⁰. La condamnation de la France en 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Menesson* et *Labassée*³⁵⁷¹ – réitérés depuis dans d'autres affaires concernant la France³⁵⁷² – a conduit le juge civil à remettre en cause sa jurisprudence uniquement en ce qui concerne le lien de filiation paternelle. Dans ces affaires étaient en cause les refus de transcription des documents d'état civil étatsuniens d'enfants issus de GPA, validés par la Cour de cassation dans ses arrêts du 6 avril 2011 ; celle-ci avait jugé que la fraude faisait obstacle à l'invocation du respect de la vie privée et familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant, d'autant plus que ce dernier n'était pas privé de lien de filiation avec ses parents au regard du droit étatsunien. La Cour européenne a condamné une telle argumentation, en accordant à l'inverse une priorité à l'intérêt supérieur de l'enfant issu d'une GPA, qui implique pour la Cour le respect de leur droit à l'identité sur le fondement de l'article 8 de la Convention et en particulier la reconnaissance de leur filiation « lorsqu'elle est conforme à la vérité biologique »³⁵⁷³. Le refus de la transcription est dès lors considéré comme contraire au droit au respect de la vie privée, en ce qu'il nie le lien de filiation biologique existant entre l'enfant et ses parents. Mais si la Cour oblige les autorités françaises à reconnaître le lien génétique existant entre le père d'intention et l'enfant, elle n'exige toutefois pas la reconnaissance du lien entre l'enfant et la « mère » d'intention : il suffit en effet que le *lien de filiation biologique* entre l'enfant et la gestatrice soit reconnu pour que les exigences de

³⁵⁶⁸ ROY Odile, « Procréation médicalement assistée et révision des lois bioéthiques françaises. La montagne a accouché d'une souris », in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012, p. 158.

³⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 158.

³⁵⁷⁰ Voir sur ce point CA Rennes du 4 juillet 2002, n° 01/02471, confirmant le TGI de Nantes, 1er février 2001 : « Il est donc patent qu'en droit français la mère est celle qui porte l'enfant et lui donne la vie en le mettant au monde ; qu'en conséquence la réalité génétique seule ne crée pas la filiation maternelle ».

³⁵⁷¹ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, n° 65192/11 ; CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c/ France*, n° 65941/11.

³⁵⁷² CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon c/ France*, n° 9063/14 ; CEDH, 19 janv. 2017, *Laborie c/ France*, n° 44024/13.

³⁵⁷³ GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 702. Arrêt *Menesson* précité, point 100 : « Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jüggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance ».

l'arrêt soient respectées. Deux lectures de ces arrêts peuvent ainsi être retenues : une « voie minimaliste » qui imposerait uniquement de reconnaître la filiation biologique de l'enfant à l'égard du géniteur et de la gestatrice – niant le lien biologique génétique avec la « mère » d'intention – ou une « voie maximaliste » qui exigerait de reconnaître le lien biologique génétique entre l'enfant et les deux parents d'intention comme fondement de la filiation juridique³⁵⁷⁴.

1046. La solution « minimaliste » avait déjà été prônée dans un rapport du Conseil d'État de 2009 – soit la reconnaissance du lien de filiation paternelle et uniquement de la délégation-partage de l'autorité parentale pour la « mère d'intention »³⁵⁷⁵ –, celui-ci ayant par la suite admis qu'un document de voyage soit délivré à des jumelles nées d'une GPA réalisée à l'étranger, afin qu'elles puissent résider en France auprès de l'homme qui les avait reconnues³⁵⁷⁶. La facilitation de la transcription de l'acte de naissance est du reste encouragée par l'exécutif, une circulaire de 2013 de la ministre la Justice, validée par le Conseil d'État³⁵⁷⁷, énonçant que le seul soupçon du recours à une GPA à l'étranger ne peut suffire à écarter la transcription, dès lors que les faits mentionnés sur l'acte d'état civil sont probants, s'agissant de l'établissement d'un lien de filiation avec au moins un parent français³⁵⁷⁸. Le droit français reconnaît donc progressivement les conséquences juridiques de la GPA en termes de filiation, mais uniquement en faveur de l'établissement du lien de filiation avec le père.

1047. La Cour de cassation a en ce sens opéré un revirement de jurisprudence en 2015, en reconnaissant la transcription de l'acte de naissance russe d'un enfant issu d'une GPA et en rejetant, dès lors, le pourvoi formé par le ministère public tendant à l'annulation de la transcription. Mais l'arrêt n'a pas conduit à établir l'égalité entre les parents d'intention, dans la mesure où l'acte de naissance lui-même désigne comme mère la gestatrice, tandis que le géniteur est bien désigné comme étant le père³⁵⁷⁹. C'est uniquement parce que les faits qui sont déclarés sur l'acte de naissance « correspond[ent] à la réalité »³⁵⁸⁰ – selon l'exigence de l'article 47 du Code

³⁵⁷⁴ Certains juges civils ont quant à eux admis, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, la transcription d'actes d'état civil étrangers établissant la filiation à l'égard du père génétique et de la mère gestatrice (CA Paris, 25 octobre 2007, n° 06/00507 ; CA Rennes, 21 février 2012, n° 11/02758) et même pour certains à l'égard des deux parents d'intention, ce qui revenait à supprimer l'inégalité entre les parents d'intention dans l'établissement du lien de filiation (TGI de Nantes, 13 mai 2015, n° 14/07497, 14/07503, 14/07499).

³⁵⁷⁵ Rapport du Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 66.

³⁵⁷⁶ CE, 4 mai 2011, *ministre d'État, ministre des Affaires étrangères et européennes c/ Morin*, n° 348778.

³⁵⁷⁷ CE, 12 décembre 2014, *Association Juristes pour l'enfance et autres*, n° 367324.

³⁵⁷⁸ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - État civil étranger, NOR : JUSC1301528C.

³⁵⁷⁹ CHÉNÉDÉ François, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger ou la consécration du fait - frauduleusement - accompli : première étape », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 496.

³⁵⁸⁰ Cass. Assemblée plénière, 3 juillet 2015, n° 14-21323 et n° 15-50002, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 16 décembre 2014 : « Attendu qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient

civil – à savoir, que la mère est bien la femme qui avait accouché de l'enfant³⁵⁸¹, que l'établissement de la filiation n'est pas ici frauduleux. Si cet arrêt ne règle pas la question de la situation de la « mère d'intention »³⁵⁸², il semble conforter implicitement le principe « *mater semper certa est* »³⁵⁸³, à l'origine d'une différence de traitement entre les membres du couple à l'origine d'un projet de GPA.

1048. Des jugements sont ensuite venus expliciter l'arrêt de 2015 quant à la situation des « mères d'intention », en refusant cette fois-ci explicitement que soient transcrits des actes de naissance étrangers désignant celle-ci comme la mère juridique de l'enfant, aux motifs que cette mention ne correspond pas à la « réalité »³⁵⁸⁴. Les juges interprètent donc ici la « réalité biologique » de manière classique, en attribuant la qualité de mère « réelle » à la femme qui accouché et non à la femme ayant un lien génétique avec l'enfant. La Cour de cassation a confirmé une telle interprétation dans plusieurs arrêts de 2017, et particulièrement dans une affaire où les auteurs du pourvoi avaient cherché à faire valoir une lecture « maximaliste » de la réalité biologique, en arguant notamment que l'intérêt supérieur de l'enfant, protégé par l'article 8 de la Convention européenne, exigeait que soient reconnus les liens de filiation paternelle et maternelle établis aux États-Unis³⁵⁸⁵. La Cour a considéré que les faits mentionnés sur l'acte de naissance transposé n'étaient pas conformes à la réalité, car celui-ci désignait la femme commanditaire de la GPA comme mère alors qu'elle n'avait pas accouché de l'enfant³⁵⁸⁶. Concernant l'argument tiré de la violation de l'article 8 de la Convention par le refus de la transcription du « lien de filiation maternelle d'intention », la Cour de cassation estime non

déclarés correspondaient à la réalité, la Cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. X... et Mme Z... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ».

³⁵⁸¹ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, 2015, p. 364 : « Si l'enfant a été conçu avec les ovocytes de la mère d'intention, la question est encore un peu différente car un acte de naissance l'indiquant comme mère refléterait une certaine "réalité" biologique mais celle-ci n'est pas considérée comme fondatrice de la maternité en droit interne et la CEDH n'a pas encore eu à se prononcer sur la définition de la maternité biologique ».

³⁵⁸² FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1819 ; BOLLÉE Sylvain, « Gestation pour autrui : la voie du compromis », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1481.

³⁵⁸³ HAMMJE Petra, « Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui. Aspects de droit international privé », in *MARAISS Astrid, La procréation pour tous ?*, *op. cit.*, p. 191.

³⁵⁸⁴ CA Rennes, 28 septembre 2015, n° 14/07321 : « Si la mère d'intention peut également être la mère biologique (procréatrice mais non gestatrice) [...] en l'état actuel du droit positif, la filiation maternelle ne peut être attribuée qu'à la femme qui a accouché [...] les actes de naissance établis par l'État de Californie aux États-Unis (Comté de Los Angeles) mentionnent des faits déclarés qui ne correspondent pas à la réalité, dès lors que le nom de la mère d'intention a été substitué au nom de la mère ayant accouché de l'enfant » ; voir dans le même sens : CA Rennes, 8 janv. 2013, n° 12/01538, 7 mars 2016, n° 15/03855, n° 15/03859 ; 27 juin 2016, n° 15/03856, n° 15/09501.

³⁵⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2017, n° 15-28597.

³⁵⁸⁶ Arrêt du 5 juillet 2017 précité : « Concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement ; qu'ayant constaté que Mme X... n'avait pas accouché des enfants, la Cour d'appel en a exactement déduit que les actes de naissance étrangers n'étaient pas conformes à la réalité en ce qu'ils la désignaient comme mère, de sorte qu'ils ne pouvaient, s'agissant de cette désignation, être transcrits sur les registres de l'état civil français » (voir également n° 16-16901 ; n° 16-16455 ; n° 16-16495).

seulement que l'ingérence poursuit un but légitime, en ce qu'elle vise à décourager la pratique de la GPA contraire, selon elle, aux intérêts des enfants et des femmes porteuses, mais également parce qu'elle n'emporte pas une atteinte disproportionnée. Selon elle en effet, des moyens légaux permettent l'exercice effectif du lien entre la mère d'intention et l'enfant (à travers notamment délivrance de certificats de nationalité française à l'enfant) ou même l'établissement d'un lien de filiation (à travers l'adoption des enfants par l'épouse du père). Le juge permet ainsi l'exercice de la maternité d'intention par l'adoption³⁵⁸⁷ et opère ainsi un revirement de jurisprudence critiqué par une partie de la doctrine, la solution adoptée par le juge revenant à remettre en cause de façon « hypocrite » l'interdiction de la GPA en France³⁵⁸⁸. Il reste que le juge n'interroge toujours pas la différence de traitement encore confortée entre le père et la mère d'intention – relevée au passage par certains auteurs³⁵⁸⁹ – sur le terrain de la non-discrimination, l'article 14 de la Convention n'ayant pas été invoqué par les auteurs du pourvoi. Cette différence est d'autant plus renforcée que la Cour de cassation se montre beaucoup plus souple pour appréhender la « réalité » du lien génétique entre le père d'intention et l'enfant. En effet, alors que les juges du fond avaient refusé de transcrire le lien de filiation paternelle aux motifs que le lien biologique n'était pas démontré, la Cour casse l'arrêt de la Cour d'appel en estimant que la preuve de la paternité génétique est suffisamment établie.

1049. La préservation du principe selon lequel la mère est désignée par l'accouchement va, par conséquent, jusqu'à justifier des inégalités de traitement entre les femmes et les hommes à l'origine d'un projet parental de GPA, seuls les seconds pouvant être reconnus comme « pères » par le droit français, à condition qu'il y ait un lien génétique entre eux et l'enfant. Le refus, désormais explicite, de reconnaître le lien de filiation maternelle avec la « mère d'intention », fût-elle la mère au sens génétique – en dehors du cas de l'adoption – révèle l'importance accordée aux fondements physiologiques de la maternité³⁵⁹⁰. L'inégalité de traitement entre les sexes est donc considérée comme légitime car elle repose sur des représentations des fonctions sexuées des hommes et des femmes dans l'engendrement : l'importance secondaire du père et l'importance primordiale du lien créée entre la mère et l'enfant durant la gestation. Si ces inégalités sont

³⁵⁸⁷ FULCHIRON Hugues, « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1737. Le juge procède ainsi selon l'auteur à une conciliation entre « l'interdiction de principe de la GPA et la protection de l'enfant » en refusant « la reconnaissance de la parenté d'intention par transcription des actes de l'état civil étranger », tout en permettant « la reconstruction de la parenté d'intention par une adoption prononcée en France ».

³⁵⁸⁸ CHÉNÉDÉ François, « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ Famille*, 2017, p. 365 ; SALVAGE-GEREST Pascale, « Gestation pour autrui et simulation d'accouchement, ne pas confondre », *AJ Famille*, 2017, p. 431.

³⁵⁸⁹ CHÉNÉDÉ François, « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *op. cit.*, p. 365.

³⁵⁹⁰ REGINE, « Droit et genre », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1007 : « Il y a une répugnance sociale et juridique à priver un enfant de sa "mère", entendue comme la femme qui l'a porté ».

appréhendées hors du terrain de l'égalité et de la non-discrimination, c'est parce que le droit de la filiation repose davantage sur le modèle de l'engendrement fondé sur la complémentarité « naturelle » entre hommes et femmes que sur le modèle « volontariste », même si ce dernier tend à émerger.

II. Des différences rendues évidentes par la complémentarité des sexes dans l'engendrement

1050. Du point de vue de la procréation, hommes et femmes sont considérés comme ayant des fonctions différentes, mais complémentaires. Cette nécessaire complémentarité des sexes dans la procréation est liée à la rencontre, lors d'un acte sexuel, de gamètes provenant d'un homme et d'une femme. Elle est ainsi appréhendée comme évidente et naturelle et justifie qu'hommes et femmes soient traités différemment du point de vue du droit de la filiation. L'importance du modèle de la procréation charnelle dans le droit de la filiation explique que la différenciation opérée entre les sexes dans l'établissement de la filiation ne soit pas remise en question au regard du principe d'égalité. Après avoir montré le maintien de règles sexuées en droit de la filiation, il faut expliquer pourquoi et comment elles ont été établies.

1051. Il est donc essentiel d'analyser les manières dont se manifeste l'importance du modèle de la « procréation charnelle »³⁵⁹¹, fondée sur la complémentarité et donc la différence des sexes³⁵⁹², afin de comprendre pourquoi la différenciation entre les sexes demeure appréhendée avec autant d'évidence, hors du principe d'égalité (A). La réforme récente relative au changement de sexe, qui a pourtant pour effet de mettre à mal l'idée selon laquelle la procréation implique nécessairement un homme et une femme, n'a pas conduit à l'effondrement du modèle de la procréation charnelle entre les deux sexes comme fondement ultime du droit de la filiation (B).

A. L'engendrement par un homme et une femme, clef de voûte du droit de la filiation

1052. Il serait excessif et erroné d'affirmer que le droit de la filiation est exclusivement fondé sur la procréation charnelle et qu'elle a pour objet d'établir les liens de filiation de l'enfant uniquement avec ses géniteurs, en concordance avec la réalité biologique. Le droit de la filiation est en effet sous-tendu par deux mouvements historiquement opposés, qui rend sa

³⁵⁹¹ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 78 : « L'institution de la filiation établit le lien juridique de paternité ou de maternité en plus ou moins grande corrélation avec la vérité biologique résultant de la procréation charnelle [...]. L'engendrement là encore repose sur une procréation impliquant chacun des membres du couple, que l'on peut qualifier au sens large de procréation charnelle ».

³⁵⁹² THÉRY Irène, *Mariage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Paris, Éditions du Seuil et La République des idées, 2016, p. 12 : « C'est un modèle fondé sur le principe de complémentarité hiérarchique des sexes, nommé par euphémisme "modèle de complémentarité" ».

compréhension particulièrement complexe³⁵⁹³. D'un côté, il vise à « traduire juridiquement la réalité biologique »³⁵⁹⁴, avec une « naturalisation » du lien de filiation. Il se traduit par une protection accrue du statut de l'enfant naturel³⁵⁹⁵ – « souvent datée de la loi de 1912 admettant l'action en recherche de paternité, et qui aurait connu son apogée en 1972 avec une réforme cherchant à donner à chaque enfant ses “véritables parents” – entendus comme son géniteur et sa gestatrice »³⁵⁹⁶. De l'autre, il tend à assurer, en particulier depuis 2005, la « paix des familles » et la « sécurisation des liens affectifs », même lorsque ceux-ci sont davantage fondés sur la volonté que sur la réalité biologique³⁵⁹⁷.

1053. Mais en dépit de l'existence concurrente de ces deux perspectives, il reste que le modèle de la « filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle » demeure « le modèle dominant », même s'il n'est plus « le modèle exclusif »³⁵⁹⁸. Les règles d'établissement de la filiation de droit commun sont ainsi en grande partie fondées sur le modèle de la procréation charnelle, et accordent une place importante à la vérité biologique pour établir la paternité (1). De même, de façon paradoxale, les règles gouvernant le lien de filiation à la suite d'une l'assistance médicale à la procréation, qui ne découle pourtant pas d'un acte sexuel, reposent de manière fictive sur le modèle de procréation charnelle (2).

1) La place de la vérité biologique dans l'établissement de la paternité

1054. Les règles de droit commun gouvernant l'établissement du lien de filiation font une place importante au lien biologique, de façon évidente en matière la maternité, mais également, dans une moindre mesure, en matière de paternité. L'idée que le père de l'enfant doit être le géniteur est fortement présente dans le droit, même si elle ne constitue pas un principe juridique à l'instar de celui de « *mater sempra certa est* ». Les règles relatives à la paternité reposent, en effet, sur le modèle du lien biologique, même si elles accordent par ailleurs une place à la volonté, le droit étant partagé entre, d'une part, l'établissement de la réalité biologique et, d'autre part, la sécurisation des liens affectifs avec l'enfant.

³⁵⁹³ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 79 : « Les règles figurant au titre VII sont assez complexes à comprendre. La complexité résulte de ce que parfois les règles qui permettent d'établir la filiation traduisent le fait biologique liant l'enfant à celle ou celui qui l'a engendré, faisant ainsi de la vérité biologique le fondement de la filiation. Et parfois encore le droit privilégie d'autres fondements, plus volontaires et sociologiques, où l'écoulement du temps vient perturber la place donnée à la vérité biologique, privilégiant alors ce qu'il est convenu d'appeler la sécurité et la paix des familles ».

³⁵⁹⁴ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « L'établissement de la filiation », *op. cit.*, p. 23.

³⁵⁹⁵ IACUB Marcela, *L'Empire du ventre*, *op. cit.*, p. 127.

³⁵⁹⁶ PICHARD Marc, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *Mouvements*, n° 82, 2015/2, p. 145.

³⁵⁹⁷ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « L'établissement de la filiation », *op. cit.*, p. 23.

³⁵⁹⁸ MOULY Jean, « “La délocalisation procréative” : fraude à la loi ou habileté permise ? », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2419.

1055. Il s'agit ici de montrer la place importante occupée en droit par le fondement biologique dans les règles relatives à la paternité – et surtout dans les règles relatives à l'établissement de la filiation par voie contentieuse : « Seul ce fondement biologique explique [en effet] pourquoi la filiation du titre VII ne permet de rattacher un enfant qu'à un homme et une femme »³⁵⁹⁹. L'importance du lien biologique pour déterminer la filiation paternelle est visible tant à travers l'ouverture même des actions en recherche et en contestation de paternité, que par l'admission de l'expertise biologique comme mode de preuve de droit lors de telles actions judiciaires.

1056. **L'ouverture des actions en recherche et en contestation de paternité.** L'évolution progressive des règles relatives à l'établissement judiciaire de la paternité a conduit, au XX^e siècle, à privilégier la vérité biologique par rapport aux systèmes des apparences et des présomptions qui gouvernaient, depuis la Révolution et le Code Napoléon, le droit de la filiation³⁶⁰⁰. Ainsi, alors que l'action en recherche de paternité était prohibée au XIX^e siècle, elle a progressivement été ouverte tout au long du XX^e siècle, conduisant à faire de la relation entre un homme et une femme hors mariage – et donc du lien biologique – l'un des fondements de la paternité³⁶⁰¹. L'évolution de la législation montre que la recherche de la paternité biologique est de plus en plus privilégiée. En effet, la loi de 1912 prévoyait à l'origine une liste très limitée des cas d'ouverture à l'action en « reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle »³⁶⁰², qui correspondaient majoritairement à une volonté de protection des mères « abusées » se trouvant seules à élever un enfant³⁶⁰³. La loi de 1972 relative à la filiation, orientée vers une perspective d'égalisation des filiations légitimes et naturelles et de « vérité »³⁶⁰⁴, a certes ajouté une fin de non-recevoir, mais celle-ci allait plutôt dans le sens d'une valorisation du lien biologique, en prévoyant que l'action était irrecevable si l'examen du sang ou toute autre méthode médicale certaine établissait que le père prétendu ne pouvait pas être le père de l'enfant³⁶⁰⁵. Par ailleurs, si l'introduction en 1982 de la possession d'état comme preuve directe de la filiation naturelle fait perdre quelque peu de son intérêt à l'action en recherche de paternité³⁶⁰⁶, on ne saurait y voir un triomphe du modèle de la volonté sur celui de la biologie. La possession d'état, comme la reconnaissance, « sont censées traduire la

³⁵⁹⁹ PICHARD Marc, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *op. cit.*, p. 142.

³⁶⁰⁰ IACUB Marcela, *L'Empire du ventre*, *op. cit.*, p. 39.

³⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 127.

³⁶⁰² Loi du 16 novembre 1912 modifiant l'article 340 du Code civil (reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle), *JORF* du 17 novembre 1912, p. 9718. Ces cas d'ouverture étaient l'enlèvement ou le viol, la séduction dolosive, l'abus d'autorité, la promesse de mariage, l'existence de lettres ou écrits non équivoques le concubinage stable et continu, et la participation du père prétendu à l'entretien ou à l'établissement de l'enfant. L'homme pouvait s'opposer à l'action en invoquant « l'inconduite notoire de la mère » ou son « commerce » avec un autre individu.

³⁶⁰³ PICHARD Marc, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *op. cit.*, p. 145.

³⁶⁰⁴ IACUB Marcela, *L'Empire du ventre*, *op. cit.*, p. 153.

³⁶⁰⁵ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 créant l'article 340-1 du Code civil.

³⁶⁰⁶ COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 391.

vérité biologique : c'est pourquoi elles pourront être contestées par la preuve de l'absence de vérité biologique du lien ainsi établi³⁶⁰⁷ (voir *infra*). La présence du champ lexical de la « vérité biologique » dans le discours de la doctrine montre qu'à côté de la réalité affective prise en compte par la possession d'état, il existerait une réalité biologique vis-à-vis de laquelle le droit ne serait pas indifférent³⁶⁰⁸. La législation des années 1990 et 2000, qui privilégie la « vérité du sang »³⁶⁰⁹, a encore davantage facilité la recherche de la paternité biologique, en supprimant les cas d'ouverture et les fins de non-recevoir à l'action judiciaire³⁶¹⁰ et en étendant le délai de l'action, prévue désormais à l'article 327 du Code civil, de deux à dix ans³⁶¹¹.

1057. La portée du lien biologique ressort également de la généralisation de l'action en contestation de paternité par la loi de 1972. Avant cette réforme, la présomption de paternité jouissait d'une grande autorité et la paternité d'un homme marié ne pouvait être contestée que par le seul intéressé à travers le mécanisme du désaveu de paternité, dans des cas limités³⁶¹². En ouvrant aux héritiers du mari ou à la mère l'action en contestation de la paternité même établie de manière légitime par le système de la présomption de paternité, la loi de 1972 fait de la recherche de la « vérité biologique » l'« objectif majeur »³⁶¹³ et met ainsi fin à « l'empire des apparences matrimoniales »³⁶¹⁴. Par une interprétation *a contrario* des dispositions du Code civil relatives à la possession d'état, la jurisprudence a de surcroît étendu l'ouverture de l'action à tout intéressé lorsque le titre n'est pas corroboré par la possession d'état, en privilégiant l'objectif du « vrai

³⁶⁰⁷ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 79. Voir également PICHARD Marc, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *op. cit.*, p. 143 : « La volonté qui s'exprime à des degrés divers dans les modes d'établissement de la filiation n'est que censée révéler un fondement biologique : les gènes font le père ; la gestation, la mère ».

³⁶⁰⁸ COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 345 : La possession d'état est un « ensemble de faits connus qui font apparaître un enfant comme issu de tel parent, c'est-à-dire à partir d'une vérité sociologique, la loi déduit l'existence du fait inconnu, c'est-à-dire le rapport de filiation et de parenté (article 311-1) [...]. La filiation par possession d'état est une présomption simple qui peut être renversée sous certaines conditions par la preuve d'une vérité biologique [...] ». Mais si la possession d'état est bien établie, elle « peut aboutir à “contredire la vérité biologique” ».

³⁶⁰⁹ COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 323.

³⁶¹⁰ Voir par exemple Cass. 1^{ère} civ., 11 février 1997, n° 95-13215 : « Si l'article 340 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 8 janvier 1993, exige des présomptions ou indices graves pour rendre admissible la preuve de la paternité naturelle, celle-ci peut être faite par tous moyens et donc résulter de ces présomptions ou indices eux-mêmes ».

³⁶¹¹ La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 a supprimé les cas d'ouverture et les fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité, tout en exigeant encore l'existence de présomptions ou indices graves pour engager une telle action, afin d'éviter la multiplication de procès tendant à l'établissement de la paternité (THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 83). Cette dernière condition de commencement de preuve a été abrogée par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, qui transfère l'action en recherche de paternité de l'article 340 à l'article 327 du Code civil.

³⁶¹² Ancien article 312 du Code civil : « L'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari. Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois-centième jusqu'au cent-quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme » ; ancien article 313 : « Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant : il ne pourra le désavouer même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père ».

³⁶¹³ COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 400.

³⁶¹⁴ IACUB Marcela, *L'Empire du ventre, op. cit.*, p. 151.

rapport de filiation»³⁶¹⁵. Dans le même sens, le législateur de 1972 assouplit les conditions du désaveu de paternité³⁶¹⁶ et étend la possibilité d'écarter la présomption de paternité. En prévoyant que cette dernière puisse être écartée lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après la date du divorce et moins de cent quatre-vingts jours depuis la réconciliation ou le rejet de la demande³⁶¹⁷, le législateur privilégie la période de conception de l'enfant pour déterminer le lien de filiation. Il fonde ainsi clairement l'absence de paternité sur l'inexistence d'un acte sexuel entre les ex-époux – ceux-ci étant de fait séparés – et donc d'un lien biologique entre l'homme et l'enfant³⁶¹⁸. Par la suite, l'ordonnance de 2005 a non seulement simplifié l'action en contestation de paternité, en supprimant la distinction entre paternité légitime et naturelle, mais elle a de plus encore étendu la possibilité de remettre en cause la « paternité sociale » au profit de la « paternité biologique »³⁶¹⁹. Une telle action est néanmoins admise de façon limitée, afin de préserver les liens affectifs construits entre le père et l'enfant³⁶²⁰. Toutefois, si la « vérité affective » est dans ce contexte protégée de l'action en contestation, elle n'apparaît pas non plus comme un « dogme » qui supplanterait la « vérité biologique » : la jurisprudence interprète l'existence d'une possession d'état de façon stricte, conduisant à faire obstacle à des fins de non-recevoir aux actions en contestation³⁶²¹. Cette prudence reflète la crainte mise en exergue par une partie de la doctrine, qui met en garde contre le caractère inattaquable d'une filiation « mensongère » établie par titre et confortée par cinq ans de possession d'état, dans le cas où le « père sociologique se désintéresserait d'un enfant qui n'est pas le sien après s'être séparé de sa mère »³⁶²². Quoi qu'il en soit, le législateur de 2005 a bien établi des règles moins protectrices de la « paix des familles » en permettant, fût-ce de manière limitée, de contester la filiation confortée par la possession d'état

³⁶¹⁵ Voir Cass. 1^{ère} civ., 27 février 1985, n° 84-10915.

³⁶¹⁶ L'action en désaveu de paternité aboutit si l'homme montre qu'il ne peut pas être le père (article 312 du Code civil), par exemple en montrant que l'enfant est né avant le 180^e jour du mariage (article 314 du Code civil) ; l'action en désaveu peut être introduite en défense (article 325 du Code civil) ou même à titre préventif avant la naissance de l'enfant (article 326 du Code civil).

³⁶¹⁷ Article 313 du Code civil.

³⁶¹⁸ L'action concerne également la paternité hors mariage et remet dès lors directement en cause la définition sociale ou affective de la paternité, puisque la loi de 1972 prévoit la possibilité pour tout intéressé – y compris pour celui qui se prétend le père biologique de l'enfant – de contester la filiation établie par reconnaissance (ancien article 339 du Code civil : « La reconnaissance peut-être contestée par toute personne qui y ont intérêt, même par son auteur »).

³⁶¹⁹ En effet, alors que l'ancien article 322 du Code civil établissait une fin de non-recevoir à l'action en contestation d'une filiation établie par un titre et corroborée par la possession d'état, l'article 333 prévoit désormais qu'une telle contestation est possible, afin de rétablir la « véritable » paternité entendue au sens biologique. Il est alors possible à l'amant de la mère de faire valoir ses droits tirés « des liens du sang », alors même que le mari aurait élevé l'enfant et aurait établi la possession d'état (DEKEUWER-DÉFOSSÉZ Françoise, « L'établissement de la filiation », *op. cit.*, p. 30).

³⁶²⁰ Le délai de prescription est en effet réduit à cinq ans (article 333 du Code civil), les titulaires de l'action sont uniquement l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le « parent véritable » – l'énoncé faisant ici clairement le lien entre la vérité et le lien biologique. Surtout, l'action devient irrecevable lorsque la possession d'état est conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, tendant ici à sécuriser la « vérité affective » (MILLET Florence, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP*, 2006. I. 112, n° 15).

³⁶²¹ Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2013, n° 11-27125.

³⁶²² COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 404. Ces auteurs critiquent l'impossibilité ainsi créée pour l'enfant, après un délai de cinq ans, de pouvoir contester la filiation, action nécessaire pour ensuite rétablir la « vérité biologique » (FULCHIRON Hugues, « Vérité contre stabilité des filiations ? », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2958).

pendant cinq ans³⁶²³ et en réitérant la possibilité, pour tout intéressé, de contester, dans un délai de dix ans, la filiation non confortée par une possession d'état³⁶²⁴, en se fondant sur l'absence de lien biologique démontrée par le recours à la preuve scientifique.

1058. **La preuve scientifique pour rétablir la « vérité biologique ».** Le mode de preuve privilégié pour ces actions en établissement ou en contestation de paternité, à savoir l'expertise biologique, montre directement l'importance accordée par le droit à la paternité biologique. Le recours à la preuve scientifique, par l'examen comparatif des sangs ou surtout aujourd'hui par le test génétique, permet en effet d'assurer un caractère certain et donc pérenne de la paternité³⁶²⁵, ce qui a conduit le juge civil à considérer comme étant « de droit » l'expertise biologique dans le cadre de l'action en contestation³⁶²⁶. Si les juges sont obligés de faire droit à une demande d'expertise biologique, celui dont la paternité est recherchée ou remise en cause peut toutefois, quant à lui, refuser de se soumettre à un tel test³⁶²⁷. Le droit français est par conséquent ici sous-tendu par deux mouvements opposés : d'un côté, la protection du principe de l'inviolabilité du corps humain, qui requiert le consentement de la personne pour l'expertise génétique et, de l'autre, l'accès aux origines personnelles, compris comme l'accès aux origines « biologiques ». La Cour européenne a, sur ce point, clairement tranché en faveur du second, en faisant du « droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance » une partie du droit à l'identité protégé au titre du respect de la vie privée³⁶²⁸. La jurisprudence européenne apparaît en effet généralement favorable au rétablissement de la « vérité biologique », en condamnant les obstacles opposés aux actions en recherche et en contestation de paternité³⁶²⁹. La France a été condamnée sur le terrain de l'article 8 de la Convention pour avoir refusé d'admettre l'expertise génétique dans le cadre d'une action en recherche de paternité *post-mortem*, alors même que l'homme en question ne pouvait plus consentir à une telle expertise³⁶³⁰. Si la Cour estime que l'équilibre entre les droits du requérant à connaître son ascendance et ceux du père présumé à voir protéger son identité a été rompu par les juridictions françaises au profit du dernier, la mise en balance des intérêts en

³⁶²³ COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 404.

³⁶²⁴ Article 334 du Code civil.

³⁶²⁵ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 87.

³⁶²⁶ Voir l'arrêt de principe de la Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, n° 98-12806 : « Attendu que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ». Cette solution réaffirmée depuis est bien établie. Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006, n° 03-16204.

³⁶²⁷ L'article 16-11 issu des lois bioéthiques de 1994, prévoit en effet que l'expertise génétique ne peut être ordonnée que lors d'une procédure judiciaire, avec le consentement de l'intéressé (article 5 de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994).

³⁶²⁸ CEDH, 13 juillet 2006, *Jaggi c/ Suisse*, point 37. Dans cette affaire, la Cour condamne la Suisse pour avoir refusé d'autoriser l'expertise génétique pratiquée sur le corps d'un défunt dans le cadre d'une action en recherche de paternité.

³⁶²⁹ Voir en particulier : CEDH, 14 janvier 2016, *Mandet c/ France*, n° 30955/12. Pour un recensement de la jurisprudence de la Cour européenne sur la question, voir THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 88.

³⁶³⁰ CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08.

présence effectuée par la Cour est quant à elle clairement orientée en faveur de l'établissement de la « réalité biologique »³⁶³¹.

1059. Néanmoins, l'admission des expertises génétiques effectuées sur des cadavres est une question spécifique pour laquelle le législateur et les juridictions françaises ont davantage fait valoir leur opposition que pour l'admission des expertises effectuées sur des hommes vivants. Privilégiant ainsi la recherche du lien biologique, la jurisprudence a délimité strictement les motifs de refus pouvant être opposés à une telle expertise³⁶³². En cas de refus de la part de l'homme assigné, qui ne serait pas fondé sur un motif légitime, la jurisprudence conclut le plus souvent à « un aveu implicite de paternité s'il est joint à d'autres éléments de preuve le confortant »³⁶³³.

1060. Les règles relatives à l'établissement de la paternité par voie judiciaire accordent donc une « prééminence mesurée de la composante génétique dans la filiation paternelle »³⁶³⁴ en privilégiant la preuve scientifique, qui révèle la réalité biologique, par rapport au système de présomption. L'acte sexuel entre un homme et une femme apparaît donc comme le fondement majeur de la filiation. Or, la procréation s'impose comme un modèle dominant en droit de la filiation, même dans les situations où l'acte sexuel n'est de façon certaine pas à l'origine de la naissance de l'enfant, comme en matière d'AMP.

2) La filiation charnelle comme modèle dominant

1061. Le lien de filiation entre un enfant et ses parents n'a pas toujours pour origine un rapport charnel entre un homme et une femme. C'est le cas lors d'une adoption ou d'une AMP. Pourtant, le modèle de la procréation entre deux sexes – ou de la « pseudo-procréation charnelle »³⁶³⁵ – est tellement ancré dans le droit de la filiation qu'il s'impose aussi dans les règles les gouvernant. En effet, d'une part, l'adoption apparaît comme un mode de filiation secondaire par rapport à la

³⁶³¹ Affaire *Pascaud* précitée, point 68.

³⁶³² Sont par exemple considérés comme des motifs légitimes de renoncer à une expertise biologique : l'impossibilité matérielle de localiser l'homme assigné en recherche de paternité (Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 2006, n° 04-14904) ou le caractère déstabilisateur d'une telle expertise sur une personne âgée de 62 ans, de surcroît lorsque l'action est guidée par un intérêt strictement financier (1^{ère} chambre civile, 30 septembre 2009, n° 08-18398). Sont en revanche considérés comme des motifs illégitimes l'existence d'une possession d'état conforme au titre contesté (1^{ère} chambre civile, 28 mai 2008, n° 07-15037), l'intérêt de l'enfant et la tardiveté de l'action en contestation (1^{ère} chambre civile, 14 janvier 2015, n° 13-28256).

³⁶³³ GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 857. Voir Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2013, n° 12-19569 ; 25 septembre 2013, n° 12-24588 ; 14 janv. 2015, n° 13- 28256 ; 10 juin 2015, n° 14-17928 et n° 14-23096 ; 8 juin 2016, n° 15-19403. Toujours dans le sens de la priorité donnée à la recherche du lien biologique, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas jugé qu'une telle ingérence dans la vie privée de l'homme, dont lien de paternité a été reconnu à son insu, était constitutive d'une violation de l'article 8, en raison du but légitime poursuivi par les juridictions françaises : le droit de connaître son ascendance et le droit à la reconnaissance juridique de sa filiation (CEDH, 25 juin 2015, *Canonne c/ France*, n° 22037/13).

³⁶³⁴ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « L'établissement de la filiation », *op. cit.*, p. 29.

³⁶³⁵ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 17.

filiation charnelle et, d'autre part, la filiation issue d'une AMP calque le modèle de la procréation charnelle.

1062. **L'adoption comme filiation de second ordre.** La filiation adoptive apparaît à première vue détachée du modèle procréatif³⁶³⁶ : l'ouverture de l'adoption à un seul parent³⁶³⁷ ou la possibilité d'adopter pour les couples de personnes de même sexe en 2013 font que l'adoption ne tend pas forcément à « imiter la nature »³⁶³⁸. La décision du Conseil constitutionnel de 2013 relative à cette dernière réforme est de ce point de vue explicite : aux auteurs de la saisine qui estimaient que l'ouverture de l'adoption privait l'enfant de son droit à connaître ses origines (biologiques) et plus précisément à voir sa filiation inscrite dans une branche paternelle et une branche maternelle³⁶³⁹, le Conseil répond qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique »³⁶⁴⁰. Il n'est donc pas question, comme le craignaient les opposants, de laisser croire que l'enfant adopté serait né de deux personnes de même sexe puisque précisément, pour le Conseil, le « dispositif juridique de l'adoption plénière » n'est plus fondé sur la « fiction procréatrice »³⁶⁴¹. Ainsi, l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe ne remet pas en cause la différence des sexes dans l'engendrement.

1063. Le régime de l'adoption n'est toutefois pas complètement détaché du modèle procréatif, comme le prônent d'ailleurs certains auteurs³⁶⁴². Si la filiation adoptive n'imité pas la filiation charnelle, elle repose tout de même sur un système construit en 1966 pour dissimuler l'acte même de l'adoption à l'enfant. La suppression de l'acte de naissance d'origine, consécutive à l'adoption, conduit du reste encore aujourd'hui à appréhender l'adoption plénière « comme une seconde naissance effaçant la première », les parents étant désignés « comme s'ils étaient [l]es parents de

³⁶³⁶ PICHARD Marc, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *op. cit.*, p. 144.

³⁶³⁷ Article 343-1 du Code civil, créé par la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption : « L'adoption peut-être aussi demandée par toute personne âgée de plus de trente-cinq ans ». La condition d'âge a été abaissée au cours des réformes législatives pour être fixée à vingt-huit ans par la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996.

³⁶³⁸ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 99 : « S'il est vrai qu'une vision de l'adoption comme ce qui doit "imiter la nature" (Napoléon) a existé, il est historiquement faux de dire qu'elle a toujours été le décalque de la procréation ».

³⁶³⁹ Saisine par 60 sénateurs, point 5-2-1.

³⁶⁴⁰ Cons. constit., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, cons. 51.

³⁶⁴¹ BRUNET Laurence, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », *RDSS*, 2013, p. 908.

³⁶⁴² HAUSER Jean, « Le couple sexué et le droit de la famille », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, *op. cit.*, p. 71 : « L'adoption n'est pas un mode d'établissement de la filiation seulement volontaire. Pour effectuer ce jugement de valeur qui justifie la collaboration créatrice du Droit, la référence est celle de la filiation biologique de base et, au moins pour l'adoption plénière, toutes les conséquences sont copiées sur ce modèle. L'exigence de deux sexes reste sous-jacente, à la seule exception de l'ouverture de l'adoption pour un célibataire » ; voir aussi BRUNETTI-PONS Clotilde, « Rapport introductif au colloque sur la complémentarité des sexes en droit de la famille », *op. cit.*, p. 44.

sang»³⁶⁴³. On pourrait certes arguer que l'effacement de la filiation biologique ainsi provoqué conduit précisément à nier l'importance du lien biologique dans la filiation. Mais l'effacement du premier acte de naissance permet surtout de transcrire en droit le fait que, d'un point de vue juridique, il ne peut pas y avoir plus de deux parents. Le refus de la « pluriparentalité » est en effet une manifestation de la persistance du modèle de la « pseudo-procréation » consacré en 1966 : à cette époque, le législateur fait de l'adoption plénière un « modèle de substitution » censé répondre aux « défaillances de la parenté » biologique et exigeait, dès lors, que l'enfant adopté soit « abandonné » par ses géniteurs³⁶⁴⁴. Le caractère « exclusif » de l'adoption plénière, aboutissant à effacer tout lien de filiation antérieur (en dehors du cas de l'adoption de l'enfant du conjoint)³⁶⁴⁵, construit ainsi la fiction que l'enfant est « né » de ses parents adoptifs³⁶⁴⁶. En outre, le fait que l'adoption simple, qui maintient un lien entre l'enfant et ses géniteurs³⁶⁴⁷, soit considérée comme « subsidiaire » par rapport à l'adoption plénière³⁶⁴⁸, montre que la « vraie » adoption est celle qui repose sur le modèle « pseudo-procréatif » et conforte ainsi la prédominance de celui-ci.

1064. En construisant l'adoption comme une « filiation fictive fondée sur la pseudo-procréation » et non « comme une filiation à part entière fondée sur la volonté », le droit occulte la « spécificité » de la filiation adoptive qui n'est pas « valorisée pour elle-même »³⁶⁴⁹. Le caractère subsidiaire de la filiation adoptive apparaît dans les intitulés mêmes des titres du Code civil consacrés aux deux modes de filiation : alors que le Titre VIII précise qu'il traite de la filiation « adoptive », le Titre VII énonce simplement qu'il est relatif à la filiation « tout court »³⁶⁵⁰, sans préciser qu'il ne recouvre que la filiation issue de la procréation. Celle-ci apparaît ainsi comme la filiation de principe, de droit commun, tandis que la filiation adoptive apparaît plutôt comme une filiation d'exception, de second rang. Une telle « hiérarchisation »³⁶⁵¹ des types de filiations ressort

³⁶⁴³ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité, p. 18 et 97.

³⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 91 et s.

³⁶⁴⁵ Article 356 du Code civil : « L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164. Toutefois, l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux ».

³⁶⁴⁶ Le rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité » remis en 2014 au gouvernement propose ainsi « de ne plus réduire l'adoption à une pseudo-procréation » afin de respecter « l'histoire et l'identité personnelle de l'enfant », en conservant l'acte de naissance originel et en supprimant l'élaboration d'un nouvel acte de naissance (THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité, p. 102).

³⁶⁴⁷ Article 364 du Code civil : « L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires ».

³⁶⁴⁸ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité, p. 107.

³⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 18 et 119.

³⁶⁵⁰ PICHARD Marc, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *op. cit.*, p. 142.

³⁶⁵¹ FAVIER Yann, « Procréation et filiation : déconstruction dans le droit de la parenté », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, *op. cit.*, p. 64.

directement du caractère « fictif »³⁶⁵² communément attribué à l'adoption plénière³⁶⁵³, qui, en entretenant « l'illusion que l'enfant a été biologiquement engendré par ses deux parents »³⁶⁵⁴, n'est dès lors que la copie de la filiation procréative. Une revalorisation de la filiation adoptive impliquerait ainsi de se départir de l'idée de « fiction » et d'assumer pleinement qu'un lien de filiation puisse être établi par la seule volonté³⁶⁵⁵.

1065. En faisant de la filiation adoptive une fiction destinée à seconder la filiation charnelle, le droit maintient le caractère prédominant du modèle de la procréation dans l'établissement du lien de filiation. Force est d'admettre que l'évolution des conditions d'adoption, en particulier son ouverture aux couples de personnes de même sexe, a conduit à détacher en partie l'adoption du modèle biologique, ce qui n'est toutefois pas encore le cas de l'AMP.

1066. **Les conditions d'accès à l'AMP singeant la procréation charnelle.** Le régime juridique de l'AMP, mis en place par les lois bioéthiques de 1994³⁶⁵⁶, conforte encore davantage que l'adoption le modèle de la procréation charnelle entre les deux sexes comme fondement de la filiation. Pourtant, l'enfant né d'une AMP n'est, par définition³⁶⁵⁷, pas issu d'un acte sexuel entre un homme et une femme, mais d'une fécondation réalisée avec ou sans tiers donneur³⁶⁵⁸. Le traitement juridique de l'AMP tend malgré tout à recréer, à travers les conditions d'accès,

³⁶⁵² THOMAS Yan, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », in THOMAS Yan, *Les opérations du droit*, Paris, Seuil/Gallimard, 2011, p. 133 : « La fiction [...] consiste à d'abord travestir les faits, à les déclarer autres qu'ils ne le sont vraiment, et à tirer de cette adulation même de cette fausse supposition les conséquences de droit qui s'attacheraient à la vérité que l'on feint, si celle-ci existait sous les dehors qu'on lui prête ». L'adoption plénière, tel qu'elle est aujourd'hui construite par le droit, peut être conçue davantage comme une « fiction négative » (p. 139) (par l'effacement de l'acte de naissance, on nie qu'il ait existé des parents biologiques) que comme une complète « fiction positive », qui « pose faussement l'existence d'un acte » (p. 142). Surtout depuis l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe, il n'est en effet plus complètement possible de « feindre » l'engendrement d'un enfant par ses deux parents adoptifs.

³⁶⁵³ COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 441 : « Un rapport de filiation peut parfois être établi entre deux personnes qui ne sont unies par aucun lien biologique. C'est le cas de l'adoption, acte juridique. La finalité de l'adoption est aujourd'hui de créer sous le contrôle d'un juge, une *filiation fictive* pour donner un foyer à un enfant qui n'en a pas ou qui n'en a plus » (nous soulignons).

³⁶⁵⁴ MARGUET Laurie, MESNIL Marie, « Pour la fin d'un modèle pseudo-procréatif en droit français. Filiations, origine et parentalité (Rapport Théry et Leroyer) », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés du 6 juin 2014, point 9.

³⁶⁵⁵ Des conditions strictes encadrent encore aujourd'hui l'adoption plénière, telles que celle d'être mariés depuis plus de deux ans ou âgés de plus de vingt-huit ans (article 343 du Code civil).

³⁶⁵⁶ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal et article 10 de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

³⁶⁵⁷ Article 152-1 du Code de la santé publique : « L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel ».

³⁶⁵⁸ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 147 : « L'assistance médicale à la procréation (AMP) est un ensemble de techniques et de « pratiques cliniques et biologiques » qui peuvent remplir deux objectifs très différents : soigner la stérilité d'un couple afin de lui permettre de procréer ; c'est ce que l'on nomme l'AMP intraconjugale (dite aussi homologue, ou endogène) ; organiser une procréation qui n'est pas celle du couple de futurs parents et suppose la coopération d'un tiers ; c'est l'AMP avec tiers donneur (dite aussi hétérologue, ou exogène) ».

l'illusion que l'enfant a été conçu de manière charnelle par ses deux parents³⁶⁵⁹. L'illusion est encore plus manifeste lorsque l'un des parents, en cas d'engendrement avec tiers donneur – don de sperme ou don d'ovocyte – n'est pas le géniteur de l'enfant. Le lien de filiation est alors établi simplement entre l'enfant et les auteurs du projet parental, dissimulant le rôle du donneur dans l'engendrement. Dès lors, alors même que cette technique remet directement en cause le lien entre la filiation et la procréation³⁶⁶⁰ – l'un des parents n'étant pas le géniteur de l'enfant – le législateur a élaboré un mécanisme renvoyant à l'illusion d'un acte sexuel reproductif entre les deux parents. Ce mécanisme aboutit à maintenir une filiation fondée sur la complémentarité « naturelle »³⁶⁶¹ des sexes, impliquant uniquement un père et une mère, « pas un de moins, pas un de plus »³⁶⁶².

1067. La construction du caractère fictif de l'AMP avec tiers donneur, feignant l'existence d'un acte sexuel reproductif entre les parents, ressort notamment de l'anonymisation du don de gamètes³⁶⁶³, car le procédé conduit à effacer les traces du tiers donneur³⁶⁶⁴ – même si ce procédé n'a pas été conçu pour servir un tel objectif³⁶⁶⁵. Le maintien de ce mécanisme, en dépit de la montée en puissance des contestations³⁶⁶⁶, montre l'importance de la préservation de la fiction de l'acte sexuel reproductif. Du point de vue du droit de la filiation, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'enfant issu de l'AMP et le donneur, notamment par le biais d'une action en

³⁶⁵⁹ IACUB Marcela, « Un crime parfait : l'assistance médicale à la procréation », in IACUB Marcela, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Flammarion, 2002, p. 203.

³⁶⁶⁰ BAILLON-WIRTZ Nathalie, « L'encadrement légal de l'accès à l'assistance médicale à la procréation », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, op. cit., p. 148.

³⁶⁶¹ IACUB Marcela, « Un crime parfait : l'assistance médicale à la procréation », op. cit., p. 223.

³⁶⁶² THÉRY Irène, *Mariage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, op. cit., p. 99.

³⁶⁶³ Article 16-8 du Code civil et article L. 1211-5 du Code de la santé publique : « Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique ».

³⁶⁶⁴ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 151. Ce modèle du « ni vu, ni connu » s'inscrit ainsi dans la lignée d'une pratique ancienne visant à remédier à l'infertilité du mari : grâce au mécanisme de la présomption de paternité et au regard de la faible portée de l'action en recherche ou de contestation de paternité avant les années 1970, la conception d'un enfant avec un autre homme effectuée « dans le secret » permettait d'assurer une descendance au mari et de « dissimuler une stérilité masculine portant atteinte à une certaine image de sa virilité » (p. 38).

³⁶⁶⁵ Le procédé du don de gamètes a surtout été construit sur le modèle du don du sang et par conséquent, les mêmes principes – anonymat, bénévolat – ont été appliqués. Voir sur ce point CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain. Limite de l'usage économique du corps*, op. cit., p. 24-25 : « Le sang a servi de modèle pour l'ensemble des éléments et produits du corps humain [...]. L'assimilation fonctionne particulièrement bien pour les gamètes, qui impliquent comme pour le sang le déplacement des donneurs et posent peu de problèmes de compatibilité sur le plan médical » (voir également p. 280 et s. et p. 316).

³⁶⁶⁶ Le mouvement de revendications liées au droit de connaître ses origines a conduit certains requérants, ayant appris qu'ils étaient nés d'une AMP, à demander à l'administration la communication de données relatives au donneur, dont certaines permettaient l'identification de celui-ci. Si le Tribunal administratif de Montreuil a rejeté la demande ainsi formée par les requérants (14 juin 2012, n° 1009924), le Tribunal administratif de Paris a quant à lui saisi le Conseil d'État pour avis (21 sept. 2012, n° 1121183/7-1, *AJDA* 2012. 2115, note HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie). Celui-ci a considéré que les règles prévoyant l'anonymat du don et l'impossibilité corrélative d'accéder à l'identité du donneur n'étaient pas contraires aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CE, avis, 13 juin 2013, n° 362981, *Molenat*). Voir encore récemment le rapport du Conseil d'État sur la révision de la loi de bioéthique, p. 95 et s.

recherche de paternité³⁶⁶⁷. À l'inverse, en donnant son consentement à l'AMP, l'homme à l'origine du projet s'engage à reconnaître l'enfant, sans quoi sa responsabilité pourra être engagée envers la mère et l'enfant et sa paternité judiciairement déclarée³⁶⁶⁸. Cette règle garantit la fiction de l'acte sexuel reproductif : tout comme lors d'une conception par acte charnel, le père ne peut ici s'affranchir du lien de filiation dès lors que l'AMP est « consommée »³⁶⁶⁹.

1068. Les conditions d'accès à l'AMP, prévues par le Code de la santé publique³⁶⁷⁰, entretiennent par ailleurs l'illusion que l'enfant est né d'un acte sexuel entre les parents à l'origine du projet, confortant ainsi le modèle de la procréation charnelle³⁶⁷¹. Sans doute la condition exigeant que la demande d'AMP provienne d'un couple composé de deux individus de sexes différents est-elle la plus significative³⁶⁷² : puisqu'un enfant ne saurait être issu « naturellement » d'une personne seule ou d'un couple de personnes de même sexe, l'accès de ceux-ci s'avère incompatible avec la fiction produite par l'AMP. Pour être considérée comme « vraie », la fiction ne saurait se départir des « limites de la nature »³⁶⁷³. Dans son rapport relatif à la révision de la loi de bioéthique, le Conseil d'État met de surcroît en avant que la différence de traitement entre les couples homosexuels et hétérosexuel dans l'accès à l'AMP ne saurait être considérée comme discriminatoire, une telle différenciation reposant sur « une différence de situation liée à l'altérité des sexes »³⁶⁷⁴. L'exclusion des couples de personnes de même sexe de l'AMP, qui contraste avec l'ouverture de l'adoption en 2013, montre ainsi l'attachement du législateur à maintenir l'intégralité du Titre VII fondée sur le modèle de la « reproduction bisexuée »³⁶⁷⁵. Le Code de la santé publique prévoit, en outre, que le recours à l'AMP doit répondre à une « infertilité pathologique », ce qui montre que ce mécanisme vise uniquement à « corriger la nature » dans un

³⁶⁶⁷ Article 311-19 du Code civil, créé par l'article 10 de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

³⁶⁶⁸ Article 311-20 du Code civil, alinéa 4. En revanche, le consentement des parents est privé d'effet « en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance » (article 311-20 alinéa 3).

³⁶⁶⁹ IACUB Marcela, « Un crime parfait : l'assistance médicale à la procréation », *op. cit.*, p. 204.

³⁶⁷⁰ Article 2141-2 du Code de la santé publique : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ».

³⁶⁷¹ PARICARD Sophie, « L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes : en droit de la bioéthique, la révolution n'aura pas lieu... », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, *op. cit.*, p. 16.

³⁶⁷² GALLMEISTER Inès, « Ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : la boîte de Pandore », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, *op. cit.*, p. 32.

³⁶⁷³ THOMAS Yan, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *op. cit.*, p. 162.

³⁶⁷⁴ Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 51.

³⁶⁷⁵ BAILLON-WIRTZ Nathalie, « L'encadrement légal de l'accès à l'assistance médicale à la procréation », *op. cit.*, p. 148.

couple où un acte reproductif aurait pu normalement avoir lieu³⁶⁷⁶, excluant les « procréations de convenance »³⁶⁷⁷. Les autres conditions d'accès véhiculent également l'idée que la procréation aurait pu découler d'un acte sexuel : les membres du couple doivent être en âge de procréer et vivants, ce qui exclut en principe l'utilisation du sperme congelé du mari décédé³⁶⁷⁸. Par ailleurs, les dispositions du même Code visent à conserver un lien « biologique », entendu ici comme le lien « génétique », entre au moins l'un des membres du couple ayant recours à une AMP et l'enfant qui en est issu³⁶⁷⁹ : le droit interdit ainsi le double don de gamètes³⁶⁸⁰, qui conduirait à détacher complètement le lien de filiation du lien génétique. L'idée selon laquelle le droit privilégie de façon absolue cette conception de la filiation doit toutefois être nuancée, puisqu'il autorise le don d'embryon : il n'existe dans ce cas aucun lien biologique entre les parents et l'enfant³⁶⁸¹.

1069. Il reste que le modèle de la procréation charnelle, véhiculant l'idée de complémentarité entre les hommes et les femmes, structure le droit de la filiation et particulièrement le Titre VII du Code civil. Celui-ci est en effet toujours inapplicable aux couples de personnes de même sexe – bien qu'une évolution s'agissant de de l'AMP semble se profiler sur ce point (cf. *infra*) – et reste par conséquent fondé sur l'engendrement par un homme et une femme. La réforme de 2016 relative au changement de sexe a toutefois changé la donne en menaçant directement l'idée qu'un enfant est nécessairement issu d'un homme et d'une femme : il est désormais théoriquement possible qu'une femme devenue homme au sens juridique conserve toute ses capacités reproductives. Cependant, le législateur s'est assuré partiellement qu'une telle évolution n'atteigne pas le droit de la filiation, préservant ainsi le modèle de l'engendrement par un homme et une femme.

³⁶⁷⁶ IACUB Marcela, « Un crime parfait : l'assistance médicale à la procréation », *op. cit.*, p. 205.

³⁶⁷⁷ PARICARD Sophie, « L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes : en droit de la bioéthique, la révolution n'aura pas lieu... », *op. cit.*, p. 16. L'auteure montre cependant qu'il est réducteur de réduire l'AMP à une réponse à la stérilité pathologique. En effet, non seulement l'AMP ne soigne pas la stérilité, mais elle est de plus pratiquée en cas d'hypofertilité et non d'infertilité totale, notamment dans le cas où la femme a plus de 35 ans. Pour l'auteure, l'AMP répond bien à un désir d'enfant, mais au désir d'enfant pour les « hétérosexuels » (p. 24).

³⁶⁷⁸ Voir par exemple : CA Rennes, 22 juin 2010, n° 09/07299, *JCP*, 2010, n° 897. La jurisprudence a toutefois assoupli cette interdiction en permettant une telle pratique réalisée à l'étranger (CE, 31 mai 2016, n° 396848, *Gonzales-Gomes*. Le Conseil d'État a autorisé l'exportation de gamètes d'un homme décédé au profit de son épouse en vue d'une insémination artificielle en Espagne, en jugeant, par le biais du contrôle de conventionalité, que l'interdiction de l'AMP *post-mortem* fixée par la loi constituait, au vu des circonstances particulières de l'espèce, une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne).

³⁶⁷⁹ PARICARD Sophie, « L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes : en droit de la bioéthique, la révolution n'aura pas lieu... », *op. cit.*, p. 25.

³⁶⁸⁰ Article L. 2143-1 alinéa 1 du Code de la santé publique.

³⁶⁸¹ Article L. 2141-5 du Code de la santé publique

B. Une complémentarité des sexes non remise en cause par la réforme de 2016 relative au changement de sexe

1070. La suppression de la condition de stérilité par la loi de modernisation de la justice de 2016 interroge l'idée même de la nécessaire différence des sexes dans la procréation au fondement de ce modèle. Si le législateur s'est assuré que les filiations antérieures au changement de sexe demeurent fondées sur l'altérité sexuée, il est resté silencieux sur la question des filiations établies ultérieurement au changement de sexe, qui met en jeu des problématiques différentes³⁶⁸². Le droit apparaît ainsi incertain quant au traitement juridique de « l'homme enceint », alors même que celui-ci remet directement en cause le modèle de la complémentarité des sexes dans l'engendrement.

1071. **Le changement de sexe sans effet sur les filiations antérieures.** En facilitant le changement de sexe, le législateur de 2016 a, par là même, renforcé la possibilité pour une femme déjà mère de devenir un homme ou à un homme déjà père de devenir une femme. Ces situations – certes assez rares³⁶⁸³ – étaient déjà possibles avant la réforme de 2016, puisqu'une personne transsexuelle, même ayant subi une opération de conversion sexuelle, pouvait avoir eu des enfants avant un tel traitement stérilisant. Or, de telles situations remettraient potentiellement en cause le modèle de la complémentarité des sexes dans l'engendrement à la base du lien de filiation, dans le cas où le changement de sexe de la personne en tant qu'individu (sur l'acte d'état civil) entraînerait un changement de sexe en tant que parent (sur l'acte de naissance de l'enfant). Une mère deviendrait alors un père – et inversement – sur l'acte de naissance de l'enfant, ce qui reviendrait à admettre que l'enfant est né « biologiquement » de deux pères ou de deux mères.

1072. Le législateur de 2016 est toutefois intervenu afin d'éviter que le changement de sexe n'apparaisse dans les documents d'état civil relatifs à l'enfant : le parent de ce dernier demeure, du point de vue de la filiation, son père ou sa mère, alors même qu'il serait devenu une femme ou un homme du point de vue de l'état civil. L'article 61-8 du Code civil précise que « la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à

³⁶⁸² PARICARD Sophie, « L'enfant du transsexuel », in ZATTARA-GROS Anne-Françoise, *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013, p. 214 : « Le premier, l'enfant antérieur au changement de sexe, est observé par le droit sous le prisme de l'intérêt de l'enfant dans les différentes procédures qui entourent le changement de sexe [...]. En revanche, c'est la possibilité même de l'existence du second enfant, l'enfant postérieur au changement de sexe, qui suscite des difficultés au regard des principes posés par le législateur ».

³⁶⁸³ Si peu de personnes transsexuelles ont des enfants, c'est notamment en raison du fait que « certaines équipes spécialisées refusent la transformation hormono-chirurgicale aux patients mariés (au moment de l'évaluation) ou parents d'un ou plusieurs enfants mineurs » (ROMAN Diane, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *Raison-Publique*, 15 mai 2012, URL : <http://raison-publique.fr/article530.html#nh68>).

l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification»³⁶⁸⁴. Le sexe de la personne qui a changé de sexe, homme ou femme, ne correspond dès lors plus au sexe par lequel, au moment de la procréation, elle est devenue père ou mère. Si une telle solution n'a pas fait l'objet d'explications lors des débats parlementaires, c'est sans doute parce qu'elle ne fait que réitérer le droit positif : les actions en changement d'état, comme le changement de sexe à l'état civil, ont un effet constitutif et non pas déclaratif. Dès lors, « le jugement n'opérant que pour l'avenir, il n'a en principe aucun effet sur les événements passés et ne remet donc pas en cause les actes de naissance des enfants de l'intéressé nés avant la décision de changement de sexe »³⁶⁸⁵. La Cour d'appel de Rennes a appliqué cette règle dans une décision de 2012, en admettant la demande de changement de la mention du sexe à l'état civil, tout en refusant la modification de cette mention sur l'acte de mariage et sur l'acte de naissance des trois enfants qu'il avait eu en tant qu'homme avant son changement de sexe. Pour les juges, en effet, « outre qu'elle heurterait indirectement la prohibition d'ordre public ci-avant rappelée, [une telle modification] serait matériellement absurde en ce qu'elle indiquerait que ceux-ci sont les enfants biologiques de deux personnes de même sexe »³⁶⁸⁶. La modification de l'acte de naissance indiquant deux hommes comme étant pères de l'enfant n'est donc pas envisageable pour les juges. Cela conduirait en effet à remettre en cause le modèle de l'altérité sexuée dans l'engendrement « biologique » – la motivation des juges montrant d'ailleurs que le lien de filiation doit être fondé sur ce lien biologique³⁶⁸⁷.

1073. Le silence du législateur et du juge quant à la justification de la nécessité du maintien d'une filiation bisexuée ne fait que conforter l'évidence du modèle de la complémentarité des sexes dans l'engendrement. Certains auteurs expliquent quant à eux l'opposition à la mention de « deux pères » ou de « deux mères » dans l'acte de naissance de l'enfant, par la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant, qui exigerait le maintien du lien de filiation bisexué³⁶⁸⁸.

1074. Le législateur de 2016 s'est donc assuré que les procédures de changement de sexe à l'état civil ne puissent remettre en cause le caractère bisexué des liens de filiation antérieurement établis. Il ne s'est, en revanche, pas saisi de la question de la filiation établie après un changement de sexe, qui est pourtant potentiellement attentatoire au modèle de la complémentarité des sexes.

³⁶⁸⁴ Article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³⁶⁸⁵ PARICARD Sophie, « L'enfant du transsexuel », *op. cit.*, p. 215.

³⁶⁸⁶ CA Rennes, 16 octobre 2012, n° 11/08743 et n° 12/00535, *Revue Juridique Personnes et Famille*, n° 11, novembre 2012.

³⁶⁸⁷ Dans une situation inverse, dans laquelle une mère serait devenue un homme à la suite d'un changement de sexe, il est fort probable que la jurisprudence conserverait également la mention de la mère comme étant de sexe féminin dans l'acte de naissance. Admettre que la mère devienne le père sur l'acte de naissance reviendrait, en effet, à remettre en cause le principe, tant protégé en droit français, selon lequel la mère est la femme qui a accouché de l'enfant.

³⁶⁸⁸ PARICARD Sophie, « L'enfant du transsexuel », *op. cit.*, p. 219 : « Il est en effet apparu que l'intérêt de l'enfant est de conserver sur son état civil deux parents de sexe différent ».

1075. **La possibilité de l'homme enceint, une faille dans le modèle de la complémentarité des sexes ?** Le cas de Thomas Beatie aux États-Unis³⁶⁸⁹, premier « homme enceint » à être médiatisé, a remis en cause l'idée d'une différenciation des rôles masculins et féminins dans l'engendrement, les femmes n'ayant plus l'apanage de la grossesse et de l'accouchement. Cette faille dans le modèle de la complémentarité des sexes atteint désormais le droit français de la filiation : avec l'abandon en 2016 de la condition de stérilisation, une femme peut juridiquement devenir un homme ou inversement, tout en conservant ses organes génitaux d'origine. La situation dans laquelle une femme engendre « biologiquement » un enfant avec une autre femme, ou dans laquelle un homme est enceint d'un enfant conçu avec un autre homme, est dès lors maintenant possible en France. Ces situations demeureront certainement assez rares car, même en cas d'arrêt des traitements hormonaux visant à modifier l'apparence physique souvent pratiqués, les fonctions de reproduction d'une personne transsexuelle sont souvent « profondément altérées »³⁶⁹⁰. La question est tout de même importante d'un point de vue théorique. Mais en dépit de l'impact potentiel de cette évolution sur le droit de la filiation, le législateur n'a pas réglé la question du lien de filiation entre un enfant engendré « naturellement » par un couple de parents de même sexe, dont l'un des membres a procédé à un changement de sexe juridique mais non anatomique. La question n'a en effet pas été abordée durant les débats parlementaires³⁶⁹¹ et a tout juste été mentionnée dans un rapport de la commission des lois du Sénat³⁶⁹². Le Conseil constitutionnel ne s'est pas non plus saisi de la question³⁶⁹³, alors que l'association GISS (groupement d'intervention et de soutien sur les questions sexuées et sexuelles) l'avait interpellé sur ce point par le biais d'une intervention informelle³⁶⁹⁴. La possibilité

³⁶⁸⁹ FORTIER Corinne, BRUNET Laurence, « Changement d'état civil des personnes "trans" en France : du transsexualisme à la transidentité », in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012, p. 81 : « Thomas Beatie, qu'on a vu poser dans les journaux avec un ventre de femme et une barbe d'homme, a incarné cette figure sidérante pour l'imagination en tant qu'elle rejoint une figure fantasmagorique de l'imaginaire occidental qui est celle de "l'homme enceint" ».

³⁶⁹⁰ PARICARD Sophie, « L'enfant du transsexuel », *op. cit.*, p. 224. D'autant plus que les personnes transsexuelles se voient refuser le droit de procéder à l'autoconservation de leurs gamètes. En effet, si le Code de la santé publique autorise une telle conservation pour les personnes subissant un traitement médical susceptible d'altérer leur fécondité (article L. 2141-11 du Code de la santé publique), les institutions médicales françaises estiment que ce cadre ne saurait s'appliquer aux personnes transsexuelles, notamment car elles ne pourraient recourir par la suite à une AMP (Académie de médecine, « Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles et projet parental éventuel », *Bulletin de l'académie nationale de médecine*, 2014, 198, n° 3, 613-631, 25 mars 2014 ; Agence nationale de la biomédecine, « Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles souhaitant procéder à un traitement de réassignation sexuelle », *Avis du conseil d'orientation*, 26 juin 2014).

³⁶⁹¹ VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1373.

³⁶⁹² DÉTRAIGNE Yves, Rapport n° 839 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, enregistré à la présidence du Sénat le 21 septembre 2016, p. 107.

³⁶⁹³ Cons. constit., 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, cons. 59 et s. S'agissant de la démedicalisation de la procédure de changement de sexe, le Conseil se contente de juger que les dispositions relatives à celle-ci, introduites par voie d'amendement, ne constituent pas un cavalier législatif, et que la procédure ne porte ni atteinte à la liberté individuelle, en attribuant à l'officier d'état civil la compétence pour connaître des demandes de changement de sexe, ni à la dignité humaine, en retirant la condition de traitement médical.

³⁶⁹⁴ MORON-PUECH Benjamin, « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », *RDLF*, 2016, chron. n° 28. Pour l'auteur, deux raisons expliquent le silence du Conseil : « D'abord, — mais le problème est structurel et bien

qu'un enfant puisse être issu biologiquement de deux parents de même sexe pose pourtant un problème juridique fondamental quant au lien de filiation, problème qui peut être résolu de plusieurs manières.

1076. Une première solution serait de reconnaître le lien de filiation, en appliquant l'article 311-25 du Code civil (la mère est désignée par l'acte de naissance) à l'homme qui a accouché de l'enfant et les articles 312 (la présomption de paternité) et 316 (la reconnaissance) à la femme qui a conçu l'enfant avec ses gamètes masculines. La cohérence du droit de la filiation exigerait dans ce cas de procéder à une « désexuation » de ces dispositions, le sexe n'étant dès lors plus un élément pertinent pour distinguer ces modes d'établissement³⁶⁹⁵.

1077. La solution inverse serait de refuser l'établissement du lien de filiation, au risque de porter atteinte à l'intérêt de l'enfant. Une autre solution, moins attentatoire à celui-ci, serait de rendre caduque la procédure de changement de sexe, dans le cas où une personne transgenre engendrerait un enfant avec ses gamètes d'origine³⁶⁹⁶. Cette caducité pourrait concerner le changement de sexe à l'état civil, ce qui reviendrait, pour certains auteurs, à une « stérilisation sociale »³⁶⁹⁷, dans la mesure où les personnes transgenres devraient choisir entre changer de sexe et avoir un enfant. La caducité du changement de sexe pourrait simplement s'appliquer, comme pour le cas de la filiation antérieure, aux actes de naissance des enfants. Dans ce dernier cas, il y aurait alors discordance entre le sexe de l'individu à l'état civil et son sexe en tant que père ou mère.

1078. La difficulté du problème posé par la procréation à la suite du changement de sexe explique sans doute que ni le législateur, ni encore moins le Conseil constitutionnel, n'aient tranché en faveur de l'une de ces solutions³⁶⁹⁸. Choisir l'une ou l'autre conduirait, en effet, à saper les fondements du droit de la filiation : d'un côté, admettre le lien de filiation à l'égard du parent transgenre aboutirait à remettre en cause la complémentarité des sexes dans l'engendrement ; de l'autre, refuser de considérer le lien de filiation reviendrait à nier la réalité biologique, selon laquelle une femme peut engendrer avec des spermatozoïdes et un homme peut porter et accoucher d'un enfant.

connu des constitutionnalistes – le Conseil n'avait matériellement pas le temps de travailler en profondeur les arguments qui ont été avancés devant lui [...]. Ensuite, si le Conseil n'a pas pris la peine de répondre à ces questions, c'est sans doute aussi parce qu'au moins l'une d'entre elles portait sur un point extrêmement sensible que les parlementaires n'ont pas voulu explicitement envisager : celle de la filiation de l'homme (à l'état civil) enceint ou de la femme (à l'état civil) père biologique ».

³⁶⁹⁵ *Ibid.*

³⁶⁹⁶ *Ibid.*

³⁶⁹⁷ VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier », *op. cit.*, p. 1373.

³⁶⁹⁸ MARAIS Astrid, « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 45, 7 novembre 2016.

1079. Le juge civil a pourtant eu à trancher un tel dilemme, lors d'une affaire examinée par le TGI de Montpellier en 2016. L'affaire est relative à un couple dont les membres se sont mariés en tant que femme et mari, et dont ce dernier a obtenu un changement de sexe à l'état civil, tout en conservant ses organes génitaux masculins. Ayant conçu biologiquement un enfant à la suite du changement de sexe, la demande porte sur l'établissement du lien de filiation à l'égard de la femme transgenre, qui n'a certes pas accouché de l'enfant, mais qui est tout de même génitrice de l'enfant. La réponse du Tribunal est sans équivoque quant au maintien de la différence des sexes dans le double lien de filiation : « Hors, bien entendu, le cas de l'adoption qui est la création d'un lien de filiation effective, notre droit ne reconnaît pas l'établissement de deux liens de filiation maternelle ou paternelle »³⁶⁹⁹. Le juge différencie la paternité de la maternité en se référant non pas au sexe juridique du parent, mais aux gamètes qui ont permis de procréer : ainsi, en contribuant à la procréation de l'enfant par ses spermatozoïdes, la requérante ne pourrait se voir établir qu'une filiation paternelle³⁷⁰⁰. Or, pour le juge, les règles relatives à l'établissement de la paternité ne peuvent être applicables qu'à un homme et, puisque la requérante n'est plus un homme, elle ne peut établir la filiation par la présomption de paternité ou la reconnaissance³⁷⁰¹. Le raisonnement du juge, fondé sur la nécessaire distinction des sexes dans l'engendrement³⁷⁰², conduit à rendre impossible l'établissement de la filiation par le biais des règles du Titre VII du Code civil : la requérante ne peut être mère car elle n'est pas gestatrice de l'enfant, mais elle ne peut pas non être père car, étant une femme au sens juridique, les règles relatives à l'établissement de la paternité lui sont inapplicables. La seule solution reste l'adoption de l'enfant de la conjointe ou le retour à son sexe masculin d'origine.

1080. La motivation du juge manque ici de cohérence : alors qu'il renvoie au sexe biologique de la requérante (par la référence aux spermatozoïdes) pour refuser l'établissement de la filiation maternelle, il renvoie à son sexe juridique (féminin) pour dénier l'établissement de la filiation paternelle. Dans un souci de cohérence, le juge aurait pu estimer que la requérante était bien le « géniteur » de l'enfant et admettre ainsi le lien de filiation paternelle. Cette solution aurait de surcroît été en accord avec la solution retenue par le législateur de 2016, en ce qui concerne les

³⁶⁹⁹ TGI de Montpellier, 22 juillet 2016, n° 15/05019.

³⁷⁰⁰ Jugement n° 15/05019 précité : « Elle prétend que cette enfant est biologiquement issue de ses spermatozoïdes, ce qui ne peut correspondre en droit qu'à une filiation paternelle ».

³⁷⁰¹ Jugement n° 15/05019 précité : « En ce qui concerne la maternité, cette réalité est biologique et se prouve par la gestation et l'accouchement. En ce qui concerne le père, cette réalité est sociale et résulte soit de la présomption de paternité du mari de la mère, soit de la reconnaissance de paternité et elle ne devient biologique qu'en cas de contestation de ce lien de filiation. Clarisse X... ne peut donc pas établir sa maternité sur A... par reconnaissance, dès lors qu'elle n'en a pas accouché et que son épouse est la mère biologique de cette enfant ».

³⁷⁰² Jugement n° 15/05019 précité : « Il est tout d'abord indispensable de rappeler que la création d'un être humain procède de la rencontre d'un ovocyte (principe féminin) et d'un spermatozoïde (principe masculin) et qu'il est donc impossible que deux personnes de même sexe soient les parents biologiques d'un enfant ».

filiations antérieures au changement de sexe du parent. Mais il apparaît inconcevable pour le juge d'admettre qu'une femme à l'état civil puisse être un père du point de vue de la filiation : il faut nécessairement, pour l'admettre, que la requérante revienne à son sexe masculin d'origine.

1081. On peut néanmoins se demander si le refus des juges d'établir la filiation à l'égard d'un parent biologique ne pourrait s'analyser comme une violation du droit au respect de la vie privée, de surcroît discriminatoire pour les personnes transgenres. Il est vrai que pour la Cour européenne, « l'article 8 ne saurait passer pour impliquer que l'État défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique »³⁷⁰³. La Cour a ainsi estimé que le rejet de l'établissement de la paternité par le biais de la reconnaissance par une personne transgenre devenue homme³⁷⁰⁴ ne viole pas le droit au respect de la vie privée, dès lors que l'enfant est issu d'une AMP avec tiers donneur, que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le géniteur de l'enfant, et qu'il n'existe donc aucun lien biologique entre eux³⁷⁰⁵. Or, c'est précisément ce lien biologique que la requérante souhaitait voir reconnu, par le biais de la filiation, dans l'affaire de Montpellier. Selon la logique du raisonnement de la Cour européenne, le respect de la vie privée et l'intérêt de l'enfant impliqueraient son droit de connaître et d'établir sa filiation avec son géniteur, ici la requérante, ce que refuse pour l'instant le juge français. Pour certains commentateurs cependant, le constat d'une violation par la Cour demeure « incertain », notamment car le droit admet l'établissement du lien de filiation par le biais de l'adoption, rendant l'ingérence potentiellement proportionnée aux buts poursuivis³⁷⁰⁶.

1082. Au vu à la fois de la décision du Tribunal de Montpellier et du silence du législateur de 2016, on constate donc une résistance du droit de la filiation à se départir du modèle de la complémentarité des sexes, alors que la différence des sexes dans l'engendrement est elle-même remise en question : un enfant peut être aujourd'hui biologiquement issu de deux hommes ou de deux femmes au sens juridique. Le législateur et le juge tendent ainsi à préserver le modèle de la procréation charnelle par un homme et une femme, au point de refuser qu'un tel modèle coïncide avec l'évolution juridique relative au changement de sexe.

1083. L'établissement de la filiation est par conséquent encore largement fondé sur l'idée selon laquelle l'origine de ce lien est l'engendrement par une femme et un homme. En dépit de la place de plus en plus importante accordée à la volonté par rapport au lien biologique (surtout depuis

³⁷⁰³ CEDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c/ Royaume-Uni*, n° 21830/93, point 52.

³⁷⁰⁴ Qui est au demeurant la position française : CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1528. Les juges ont en l'espèce conclu à la nullité de la reconnaissance d'un enfant par une personne transgenre, effectuée après son changement d'état,

³⁷⁰⁵ CEDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c/ Royaume-Uni*, n° 21830/93.

³⁷⁰⁶ VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier », *op. cit.*, p. 1373.

l'adoption par les couples de personnes de même sexe), le droit de la filiation demeure construit par rapport au modèle de la procréation charnelle. Or, contrairement au modèle volontariste qui ne repose pas nécessairement sur la différence des sexes – les volontés étant « asexuées »³⁷⁰⁷ – celui de la procréation charnelle est fondamentalement structuré autour de la différence naturelle entre les sexes dans l'engendrement. L'évidence de la dimension sexuée de la parenté neutralise ainsi tout contrôle des différences de traitement entre pères et mères du point de vue du principe d'égalité : l'indifférenciation ne saurait s'appliquer là où les différences apparaissent naturelles.

1084. Néanmoins, l'inapplication du contrôle d'égalité aux différences de traitement entre les sexes en droit de la filiation s'avère problématique dans une perspective d'égalité réelle, dont on a vu qu'elle est pourtant recherchée par le législateur³⁷⁰⁸. En effet, la différenciation ainsi opérée peut être constitutive d'inégalités entre les sexes, dans la mesure où elle participe à la perpétuation des rôles de genre hiérarchisés. La différence de statuts juridiques entre les pères et mères constitue ainsi le bastion du genre, compris comme la construction des rôles sociaux hiérarchisés.

³⁷⁰⁷ MURAT Pierre, « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux », *Archives de philosophie du droit*, t. 57, *La famille en mutation*, Paris, Dalloz, 2014, p. 291, cité par PICHARD Marc, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *op. cit.*, p. 141.

³⁷⁰⁸ Cf. partie II, titre I, chapitre II.

Section II. Une inégalité de traitement entre mères et pères renforçant les représentations liées au genre

1085. La politique d'égalité réelle poursuivie par le législateur entend remettre en cause certains aspects des rôles de genre communément attribués aux femmes et aux hommes, ceux-ci étant à l'origine du caractère structurel des inégalités. En particulier, le rattachement des femmes au rôle de mère a servi de justification à l'exclusion juridique des femmes de la sphère publique et continue toujours, dans les faits, de les écarter de certains emplois ou fonctions, surtout ceux à responsabilité. Cependant, le projet normatif attaché au principe d'égalité des sexes tend, on l'a vu, à enrayer la hiérarchie des rôles sociaux, notamment quant aux rôles parentaux. L'indifférenciation des avantages accordés aux mères de famille au regard du sexe, la réforme du congé parental d'éducation ou encore la lutte contre les stéréotypes de genre sur le terrain des discriminations, sont autant d'exemples montrant les efforts du droit pour enrayer le cantonnement des femmes au rôle de mère par l'intégration des hommes dans la sphère privée.

1086. Le droit de la filiation paraît pourtant à contre-courant d'un tel mouvement car il perpétue une différenciation entre père et mère confortant les représentations de genre, et de là, les inégalités. La définition de la maternité par l'accouchement opposée à la définition de la paternité par la volonté (et seulement en dernier ressort, par le lien génétique) conforte l'importance donnée au « ventre des femmes »³⁷⁰⁹ : le lien entre la mère et l'enfant apparaît fondamental par rapport au lien avec le père car c'est la mère qui porte, met au monde et nourrit l'enfant. Sans s'interroger sur la réalité de ce lien, il importe ainsi de montrer que le droit véhicule une telle représentation, qui tend à conforter l'assignation des femmes au rôle « primordial » de mère et à minimiser le rôle du père.

1087. Certains auteurs ont pu, sur ce point, avancer qu'un droit de la filiation égalitaire impliquerait de modifier la définition de la maternité³⁷¹⁰, en fondant l'établissement du lien maternel, à l'instar du lien paternel, sur le lien génétique³⁷¹¹ ou sur la volonté³⁷¹². Force est

³⁷⁰⁹ IACUB Marcela, « La loi du ventre », in IACUB Marcela, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 338 : « Cette véritable mythification du ventre maternel, depuis la conception jusqu'à l'établissement de la filiation, crée des mères non seulement désirantes et excluantes mais aussi certaines et corporelles, ayant une place fixe à l'égard de l'enfant dès sa naissance [...]. Il est possible que cette fixité maternelle soit le corollaire de la liberté des femmes à l'égard de la conception et de la naissance de l'enfant, d'une façon parfaitement asymétrique avec les pères, que leur manque de liberté à l'égard de la procréation rend incertains, mobiles ».

³⁷¹⁰ Sur ce débat, voir MARAIS Astrid, « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ? », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous*, op. cit., p. 129 et s.

³⁷¹¹ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Corps et personnes », in REGINE, « Droit et genre », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1007.

³⁷¹² IACUB Marcela, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, op. cit. ; MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Thèse de doctorat de droit privé, Université Paris Descartes et Université de Neuchâtel, 2015 ; PICHARD Marc, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », op. cit., p. 147. La position de l'auteur n'est pas tranchée, mais il

néanmoins de constater que l'évolution du droit de la filiation ne prend pas cette direction. Il continue de privilégier l'importance du lien maternel par rapport au lien paternel, créant des inégalités entre les sexes (I), précisément parce que la maternité continue d'être définie par la gestation, accordant ainsi une place prééminente au ventre maternel (II).

I. L'importance donnée au rôle de la mère dans l'établissement du lien de filiation

1088. Le privilège accordé par le droit de la filiation au lien maternel est particulièrement visible par la place centrale occupée par le choix des femmes, par rapport à celui des hommes, dans l'établissement du lien de filiation. En effet, parce que la maternité touche de manière spécifique le corps des femmes, leur choix importe plus que celle des hommes dans l'établissement et surtout dans le non-établissement du lien de filiation. La dissymétrie ainsi engendrée apparaît *a priori* défavoriser surtout les hommes. Bien que le consentement maternel ne soit pas requis pour qu'un homme établisse le lien de filiation, la volonté de devenir ou de ne pas devenir père dépend tout de même, dans une large mesure, du choix fait par les femmes quant à leur propre lien de filiation³⁷¹³. Un tel désavantage dépasse du reste le droit de la filiation – qui touche à la parenté – et se manifeste également dans le traitement juridique de la parentalité : il est notoire que les jugements relatifs au divorce accordent le plus souvent la garde parentale de l'enfant à la mère qu'au père³⁷¹⁴, attestant de l'importance de conserver un lien étroit entre la mère et l'enfant. Néanmoins, à l'inverse de l'inégalité relative à la garde parentale après le divorce, qui est de plus en plus remise en cause sur le terrain de l'égalité du fait de l'évolution des rôles parentaux³⁷¹⁵, l'inégalité en matière de filiation reste quant à elle évidente et incontestée sur le terrain de la discrimination, précisément parce qu'elle est fondée sur un fait biologique qui est toujours présenté comme incontestable : ce sont les femmes qui portent et mettent au monde les enfants. Or, si la spécificité « biologique » de la maternité a pu justifier le droit pour les femmes de

estime que l'on pourrait toutefois être tenté de revenir aux solutions antérieures à la réforme de 2005 et d'imposer à nouveau à la femme non mariée d'exprimer sa volonté de se rattacher l'enfant qu'elle met au monde – par égard pour l'égalité entre les femmes et les hommes (qui, hors mariage, doivent reconnaître pour établir leur paternité) et par rejet d'un rattachement de l'enfant à sa gestatrice sur un critère purement biologique » ;

³⁷¹³ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 88 : « Pendant très longtemps, comme nous l'avons vu, cette dissymétrie était nettement instituée au bénéfice des hommes, auxquels il appartenait de décider ou non d'être père. On peut se demander cependant si cette dissymétrie ne se serait pas progressivement inversée pour être aujourd'hui très souvent au bénéfice des femmes. Le droit paraît en effet entériner aujourd'hui une prépondérance de la volonté de la mère dans l'établissement ou non-établissement de la filiation paternelle, qui suscite des débats de plus en plus vifs, et sur laquelle il convient de s'arrêter ».

³⁷¹⁴ DUVERT Cyrille, « L'homme et la femme dans le Code civil ou la dialectique du donné et du construit », *op. cit.*, p. 36.

³⁷¹⁵ Voir la proposition de loi relative au principe de garde alternée des enfants, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 octobre 2017, notamment l'exposé des motifs : « Il ressort des statistiques du ministère de la Justice que la résidence alternée est toujours accordée aux pères si la mère y consent, y compris pour tous les enfants entre 0 et 5 ans, mais est refusée dans plus de 75 % des cas si la mère s'y oppose, la situation inverse se produisant 7 fois moins souvent. Dès lors, cette proposition de loi a pour objectif de moderniser l'encadrement de cette intervention, en instaurant le principe général de résidence des enfants chez chacun de leurs parents, afin de traduire leur égalité, cela toujours dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

« disposer de leur corps »³⁷¹⁶, l'importance « biologique » du lien mère-enfant conforte aussi les représentations de genre selon lesquelles la prise en charge des enfants serait avant tout l'apanage des femmes. L'inégalité de traitement défavorise donc certes directement les hommes quant à leur choix d'être ou non pères, mais elle conduit aussi indirectement à désavantager les femmes en alimentant les stéréotypes sur les rôles de genre.

1089. Cette inégalité de traitement entre hommes et femmes en droit de la filiation se manifeste à travers l'importance donnée à la volonté des femmes, par rapport à celle des hommes, quant au choix d'être (A) et, surtout, ne pas être parent (B).

A. L'établissement du lien de filiation maternelle favorisé par rapport au lien de filiation paternelle

1090. S'agissant de l'établissement du lien de filiation, deux phénomènes juridiques confortent particulièrement l'idée d'une « inégalité naturelle des sexes au bénéfice des mères »³⁷¹⁷ en privilégiant le lien mère/enfant. D'une part, le droit laisse dépendre, dans une certaine mesure, le lien paternel du lien maternel ; d'autre part, le législateur semble prêt à admettre une évolution du cadre juridique de l'AMP en faveur des couples de femmes, alors que l'ouverture de la GPA pour les couples d'hommes reste aujourd'hui inenvisageable.

1091. **De la filiation de la mère dépend la filiation du père.** Le caractère automatique de la filiation maternelle par rapport à la filiation paternelle ne constitue pas seulement une différence de traitement en raison du sexe, mais aussi une inégalité reflétant, pour certains auteurs, une « vision matriarcale de la famille »³⁷¹⁸. Il avantage, en effet, les femmes qui souhaitent être mères « dans la mesure où la maternité est évidente. L'accouchement fonde des liens naturels qui n'ont besoin d'être confortés par aucune institution juridique »³⁷¹⁹. Au contraire, la filiation paternelle n'est pas établie de manière automatique par rapport au lien biologique entre le géniteur et l'enfant. Elle l'est de façon indirecte, soit sur la base de la volonté – par la reconnaissance ou la possession d'état – soit en référence au lien de filiation existant entre l'épouse et l'enfant – par le

³⁷¹⁶ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 92 : « Les femmes ont seules le pouvoir de décider d'avoir ou de ne pas avoir un enfant. Il est important de comprendre que la décision d'avoir ou non un enfant, fait partie pour la femme, du droit de disposer de son corps. La femme même mariée, décide ainsi seule de recourir ou non à l'interruption de grossesse ».

³⁷¹⁷ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Les “droits des femmes” face aux réformes récentes du droit de la famille », *op. cit.*, p. 187.

³⁷¹⁸ LEROYER Anne-Marie, « Réforme de la filiation », *RTD Civ.*, 2005, p. 836.

³⁷¹⁹ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Les “droits des femmes” face aux réformes récentes du droit de la famille », *op. cit.*, p. 186.

biais de la présomption de paternité³⁷²⁰. Le caractère indivisible de la filiation en mariage conduit du reste à écarter la présomption de paternité lorsque l'action en contestation de maternité a abouti³⁷²¹. Juridiquement, la filiation paternelle dépend donc fortement de la filiation maternelle, ce qui place l'homme souhaitant être père dans une situation désavantageuse³⁷²². Une telle inégalité juridique est de surcroît combinée avec une inégalité de fait, la mère pouvant cacher à l'homme qu'il est le géniteur de l'enfant et faire obstacle à l'établissement du lien juridique³⁷²³. La prépondérance ainsi accordée au lien maternel conforte la représentation selon laquelle le lien forgé entre la mère et l'enfant pendant la grossesse « doit se traduire au-delà de celle-ci »³⁷²⁴.

1092. L'avantage donné aux femmes se donne particulièrement à voir dans le mécanisme de l'accouchement sous X, introduit par la loi de 1993. En faisant comme si l'accouchement n'avait jamais eu lieu, ce mécanisme rendait à l'origine presque impossible l'établissement de la paternité de l'homme en relation avec la femme y ayant eu recours³⁷²⁵, les juges du fond jugeant à l'époque la reconnaissance prénatale sans effet³⁷²⁶. Une partie de la doctrine a ainsi dénoncé le rôle prééminent de la volonté des femmes pouvant, par ce biais, compromettre la paternité et par là même l'intérêt de l'enfant³⁷²⁷. La Cour de cassation est néanmoins venue remettre en cause, dans l'arrêt *Benjamin* de 2006, cette « toute-puissance maternelle »³⁷²⁸ découlant de l'accouchement sous X³⁷²⁹. Les juges ont, dans cette affaire, donné pleine application de la reconnaissance comme acte individuel du père et réaffirmé le caractère divisible des filiations maternelle et paternelle, « qui interdit à l'accouchement secret de faire obstacle à l'établissement de la paternité »³⁷³⁰. L'enfant avait été placé au service d'aide sociale à l'enfance en vue d'une adoption, à la suite d'un accouchement sous X, alors que son géniteur avait fait une reconnaissance prénatale, jugée inopérante par la Cour d'appel du fait de la décision de la mère d'accoucher anonymement. La

³⁷²⁰ COURBE Patrick, GOUTTENoire Adeline, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 409 et 362 : L'acte de naissance prouve la maternité et « lorsque cette preuve est faite, on en déduit l'existence de la paternité par la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant* ».

³⁷²¹ *Ibid.*, p. 402.

³⁷²² THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* Rapport précité, p. 82 : « La prépondérance de la volonté de la mère se vérifie tout d'abord lorsque celle-ci ne veut pas du père. Lorsqu'elle est mariée, il lui suffit de ne pas indiquer le nom de son mari en qualité de père dans l'acte de naissance, pour que la présomption de paternité soit alors écartée. Le mari peut alors se prévaloir d'une possession d'état, mais c'est à la condition qu'un autre homme n'ait pas dans l'intermédiaire reconnu l'enfant ».

³⁷²³ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 62.

³⁷²⁴ *Ibid.*, p. 65.

³⁷²⁵ IACUB Marcela, « Naître sous X », *Savoirs et clinique*, n° 4, 2004/1, p. 41.

³⁷²⁶ CA Riom, 16 déc. 1997 ; CA Riom, 16 déc. 2003 ; CA Nancy, 23 févr. 2004. Voir LEROYER Anne-Marie, « Réforme de la filiation », *op. cit.*, p. 836.

³⁷²⁷ Voir HAUSER Jean, « La mort civile de l'enfant », *RTD Civ.*, 1998, p. 891 ; HAUSER Jean, « Accouchement anonyme et paternité », *RTD Civ.*, 2004, p. 275 ; AUBIN Simon, « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA*, 2003, n° 57, p. 6.

³⁷²⁸ MALLET-BRICOURT Blandine, « Droit du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1177.

³⁷²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 7 avril 2006, n° 05-11.285.

³⁷³⁰ NEIRINCK Claire, « Aide sociale à l'enfance, accouchement sous X, reconnaissance prénatale paternelle, Convention internationale des droits de l'enfant, droits du père biologique », *RDSJ*, 2006, p. 575.

Cour de cassation a, à l'inverse, considéré que le refus de restituer l'enfant à son géniteur méconnaissait l'intérêt supérieur de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux, garanti par l'article 7-1 de la Convention de New York de 1990³⁷³¹. Par la suite, au-delà du lien paternel, la Cour d'appel d'Angers a reconnu un droit pour les parents d'une femme ayant accouché sous X d'établir un lien de « grands-parents » avec l'enfant né sous X³⁷³².

1093. Cependant, si le juge est venu effectivement pallier les inégalités juridiques désavantageant les hommes en matière d'accouchement sous X, ce n'est pas à proprement parler pour rétablir les « droits des pères » par rapport au pouvoir des femmes. La solution adoptée dans l'arrêt *Benjamin* n'est en effet pas fondée sur le rétablissement de l'égalité entre les femmes et les hommes dans le lien de filiation, mais bien plutôt sur « le droit de l'enfant de connaître son père déclaré » pour reprendre les mots du juge. Or, l'intérêt de l'enfant peut précisément conduire les juges à refuser de remettre l'enfant à son père qui l'a pourtant reconnu, la garde de l'enfant n'étant pas un droit pour le père³⁷³³. La jurisprudence n'a, de surcroît, pas conduit à remédier à l'inégalité de fait engendrée par ce mécanisme : en effet, dans le cas où la femme ne souhaite pas être la mère de l'enfant et accouche de façon anonyme, elle peut toujours éviter d'informer l'homme avec qui elle a conçu l'enfant qu'il en est le géniteur³⁷³⁴ et conserve ainsi son pouvoir – que certains jugent « redoutable »³⁷³⁵ – de faire obstacle à la filiation paternelle. Les chiffres montrent que, dans ce cas de figure, le père ignore souvent la grossesse³⁷³⁶.

1094. En dépit des évolutions du droit, les hommes sont par conséquent toujours désavantagés par rapport aux femmes lorsqu'ils souhaitent être pères, tant en raison de la dimension indirecte de la filiation paternelle que du mécanisme de l'accouchement sous X, qui conduisent, dans les faits, à permettre aux femmes de faire obstacle à la paternité lorsque l'homme est dans l'ignorance de la grossesse ou de la naissance. L'inégalité dans le choix d'être parent ne concerne pas

³⁷³¹ Cette décision apparaît sur ce point conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, pour qui le respect de la vie familiale implique que le lien entre l'enfant et le géniteur ne soit pas rompu, même si la reconnaissance a été effectuée après que l'enfant ait été adopté (CEDH, 26 février 2004, *Gorgülü c/ Allemagne*, n° 74969/01).

³⁷³² CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10-01339. La Cour de cassation estimait au contraire en 2009 que l'intérêt de l'enfant ne justifiait pas que aient qualité de « grands-parents » pour procéder à l'adoption de l'enfant (Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2009, n° 08-20153).

³⁷³³ CA Rennes, 25 nov. 2014, n° 14/04384. GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1748.

³⁷³⁴ HAUSER Jean, « Les parents sont égaux mais l'un serait plus égal que l'autre ! Une paternité au prix de la course ? », *RTD Civ.*, 2010, p. 773.

³⁷³⁵ HAUSER Jean, « La mère qui accouche décide du destin familial de son enfant même si elle change d'avis », *RTD Civ.*, 2010, p. 540 : « Somme toute la mère qui accouche sous X a le redoutable pouvoir provisoire (en est-elle consciente ?) non seulement d'abandonner son enfant mais de le priver de toute famille par le sang ».

³⁷³⁶ ANDRÉ Caroline, « La différence des sexes et l'établissement de la filiation en droit français : l'étude des filiations sexuellement exclusives », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille, op. cit.*, p. 153 : « Il ressort de l'Enquête CNAOP-INED que sur 320 accouchements, le partenaire de la femme est informé de la grossesse à 52 %, de la date présumée de l'accouchement à 40 %, de la décision de la femme à 38 %. Il accompagne la femme à l'hôpital dans 13 % des cas ».

seulement les hommes au niveau individuel, mais tend également à toucher les couples d'hommes privés d'accès à la GPA.

1095. **Vers une ouverture de l'assistance médicale à la procréation bénéficiant aux seules femmes ?** En l'état actuel du droit positif, le double lien de filiation établi entre l'enfant et deux parents de même sexe n'est pas possible en dehors de l'adoption, l'AMP et la GPA étant proscrites respectivement pour les couples de femmes et pour les couples d'hommes. Néanmoins, le lien maternel apparaît déjà privilégié par rapport au lien paternel, dans la mesure où une filiation paternelle vacante est bien admise – dans le cadre de l'adoption par un couple de femmes – alors qu'une filiation maternelle vacante entraîne une suspicion de GPA constitutive d'une fraude à l'adoption ainsi que l'intervention du ministère public³⁷³⁷. Bien que l'adoption par un couple d'hommes est théoriquement possible, l'absence d'un père est ainsi davantage admise que l'absence d'une mère.

1096. L'évolution de l'encadrement juridique de l'AMP qui se dessine aujourd'hui confirmerait l'avantage conféré aux couples de femmes par rapport aux couples d'hommes dans le choix de devenir parents. De ce point de vue, alors que « la GPA est prohibée et constitue un sujet très clivant, qui semble loin d'être mis à l'agenda politique »³⁷³⁸, l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules semble se profiler et a même fait l'objet d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme³⁷³⁹. La question demeure, néanmoins, encore sujette à controverse et appelle la résolution de nombreux problèmes³⁷⁴⁰. En se fondant sur l'avis plutôt favorable du Comité consultatif national d'éthique (CCNE)³⁷⁴¹, l'exécutif apparaît prêt à admettre, à l'occasion de la révision des lois bioéthique prévue en 2018, qu'un enfant puisse être issu d'une AMP avec tiers donneur impliquant deux mères³⁷⁴². Une telle évolution conduirait ainsi à

³⁷³⁷ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 64.

³⁷³⁸ MARGUET Laurie, MESNIL Marie, « Pour la fin d'un modèle pseudo-procréatif en droit français. Filiations, origine et parentalité (Rapport Théry et Leroyer) », *op. cit.*, point 6.

³⁷³⁹ CEDH, 19 janvier 2017, *Charron et Merle-Montet c/ France*, n° 22612/15.

³⁷⁴⁰ Parmi les problèmes majeurs soulevés par le CCNE (Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)) et le Défenseur des droits (Avis n° 15-18 du 3 juillet 2015) on peut noter l'insuffisance de l'offre de gamètes en France qui ne pourra pallier les demandes des couples de femmes ou des femmes seules ; la question de la prise en charge ou non par l'assurance maladie d'AMP, qui ne constituent plus des remèdes à une infertilité pathologique ; ou encore la question du mode d'établissement de la filiation qui régira les AMP sollicitées par des couples de femmes : l'enfant devra-t-il être adopté par l'autre femme du couple qui n'est pas la gestatrice ? Ou bien la filiation sera-t-elle établie par une déclaration commune de volonté anticipée ? (Voir sur ce point, GALLMEISTER Inès, « Ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : la boîte de Pandore », *op. cit.*, p. 36).

³⁷⁴¹ CCNE, Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP).

³⁷⁴² Voir l'intervention dans la presse de la Secrétaire d'État en charge de l'égalité entre les femmes et les hommes Marlène Schiappa : « "En 2018, a priori fin 2018, il y aura des États généraux de la bioéthique, dans le cadre de la loi bioéthique. Dans ce cadre, nous débattons effectivement de la PMA et le gouvernement proposera d'ouvrir la PMA, a-t-elle déclaré, le calendrier précis sera exposé à ce moment-là [...]. La PMA sera adoptée avant la fin du quinquennat, c'est un engagement du Président" » (citée par le Monde du 17 septembre 2017, URL : http://www.lemonde.fr/societe/article/2017/09/17/schiappa-relativise-l-engagement-de-la-generalisation-de-la-pma-pour-toutes-les-femmes-des-2018_5186926_3224.html) ; voir les États généraux de la bioéthique : Rapport de synthèse du CCNE – Opinion du Comité citoyen, juin 2018, p. 105 et s.

« ébranler »³⁷⁴³ les fondements de l'AMP, à la fois en la détachant du modèle pseudo-procréatif fondé sur l'altérité sexuée et en faisant de l'AMP une réponse aux demandes sociétales davantage qu'un remède à l'infertilité³⁷⁴⁴. Elle n'est toutefois pas surprenante, étant donné qu'une telle ouverture a déjà fait l'objet d'une proposition de loi présentée par les députés Europe Écologie-Les Verts³⁷⁴⁵ et que la Cour de cassation s'est montrée favorable à la reconnaissance juridique de l'enfant issu d'une AMP réalisée par deux femmes à l'étranger, refusant de considérer le contournement par le biais de l'adoption comme une fraude³⁷⁴⁶. Le Défenseur des droits s'est quant à lui prononcé en faveur de l'ouverture de l'AMP, au nom de « l'égalité entre toutes les femmes dans l'accès à une aide médicale à la procréation », l'exclusion des couples de femmes étant selon lui constitutive d'une inégalité fondée sur l'orientation sexuelle non justifiée³⁷⁴⁷.

1097. L'une des raisons qui expliquent que le double lien de filiation maternelle résultant d'une AMP tend à être davantage admis que le double lien de filiation paternelle issu d'une GPA est que les deux mécanismes n'ont pas la même implication sur le corps d'autrui – le recours à la GPA impliquant une grossesse d'une personne tierce aux membres du couple. Mais de surcroît, dans le premier cas contrairement au second, le lien maternel entre la gestatrice et l'enfant, conçu comme primordial, est conservé³⁷⁴⁸. La conservation du lien entre la mère gestatrice et l'enfant dans le cadre d'une AMP est, dès lors, considérée comme plus importante que la conservation du lien entre le géniteur et l'enfant dans le cadre d'une GPA. L'ouverture de l'AMP conduirait donc à admettre l'absence de « père » au sens juridique. En revanche, elle ne signifie pas forcément l'absence de « père » au sens social, dans la mesure où la paternité peut être conçue comme un rôle social pouvant être assumé par un individu de sexe féminin³⁷⁴⁹. Cela étant, le CCNE insiste tout de même sur « l'importance des repères sexués » pour l'enfant et formule, comme point de butée à son opinion favorable, la nécessité d'études fiables quant à l'impact de « l'absence de la figure masculine, l'absence de père juridique et l'inaccessibilité du géniteur, tant que celui-ci reste

³⁷⁴³ VIALLA François, « Assistance médicale à la procréation : avis du CCNE », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1365.

³⁷⁴⁴ Rappelons en effet qu'en l'état actuel du droit, l'AMP a pour but de remédier à « l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité » (article L. 2141-2 du Code de la santé publique).

³⁷⁴⁵ Proposition de loi relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 mai 2014.

³⁷⁴⁶ Cass., avis n° 15011 du 22 septembre 2014 (demande n° 1470006) : « Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

³⁷⁴⁷ Avis du Défenseur des droits n° 15-18 du 3 juillet 2015.

³⁷⁴⁸ PARICARD Sophie, « L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes : en droit de la bioéthique, la révolution n'aura pas lieu... », *op. cit.*, p. 28.

³⁷⁴⁹ CCNE, Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP), p. 22.

anonyme »³⁷⁵⁰. Mais, alors que l'absence de père ne fait que susciter des interrogations et constitue un argument minoritaire pour s'opposer à l'AMP pour les femmes au sein du CCNE, la rupture du lien de l'enfant avec sa « mère » – et qui plus est avec toute figure maternelle au sein d'un couple d'hommes – reste un argument consensuel pour s'opposer à la GPA.

1098. Il demeure, en effet, inenvisageable qu'un couple d'hommes puisse avoir recours à la GPA pour devenir parents. Les juridictions refusent, en ce sens, de reconnaître la double filiation paternelle établie par un acte d'état civil étranger, car celle-ci est « manifestement contraire à la réalité de fait, un enfant ne pouvant avoir deux hommes pour père et mère »³⁷⁵¹. Pour la Cour de cassation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français emporte inscription d'un enfant né de deux parents du même sexe est explicitement « contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation »³⁷⁵². En matière civile toutefois, le recours à la GPA par un couple d'hommes apparaît de plus en plus admis. Certains jugements ont en effet accepté que la filiation paternelle puisse être établie avec l'un des hommes du couple, laissant ainsi la filiation maternelle vacante³⁷⁵³. Surtout, la jurisprudence de la Cour de cassation a jugé que le conjoint du père géniteur de l'enfant pouvait établir un lien de filiation avec ce dernier par le biais de l'adoption, conduisant dès lors à rompre le lien avec la « mère » d'origine³⁷⁵⁴. Mais en matière pénale, la conservation du lien entre la « mère » et l'enfant demeure importante : le juge retient comme infraction, en cas de GPA commanditée par un couple d'hommes, « la provocation à l'abandon d'enfant né ou à naître, résultant d'un don, d'une promesse, d'une menace ou d'un abus d'autorité »³⁷⁵⁵. C'est donc parce que la GPA conduit à un « abandon », à une rupture entre l'enfant et sa gestatrice, imposée ou non à cette dernière, qu'elle est prohibée sur le plan pénal. Cela rejoint, du reste, l'avis du CCNE : celui-ci justifie son opposition à la GPA non seulement au regard des violences subies par les femmes porteuses souvent issues de pays pauvres³⁷⁵⁶, mais aussi en raison de la « rupture » engendrée entre l'enfant et la gestatrice, qui s'apparente à un « abandon programmé »³⁷⁵⁷.

³⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 26.

³⁷⁵¹ GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1432 : voir en ce sens : TGI Nantes, 10 février 2011, n° 10/06276 ; CA Paris, 17 mars 2011, n° 10/09648, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 308, obs. GALLOUX Jean-Christophe ; CA Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057.

³⁷⁵² Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n° 11-30261. Cette solution connaît toutefois des limites, dans la mesure où la GPA ne peut conduire à l'établissement du lien de filiation en France lorsque le contrat de femme porteuse est considéré comme un « achat d'enfant » contraire à l'ordre public (CA Rennes, 10 janvier 2012, n° 11/01846).

³⁷⁵³ TGI Nantes, 10 février 2011, n° 10/06276.

³⁷⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2017, n° 16-16455.

³⁷⁵⁵ Trib. corr. Bordeaux, 1^{er} juillet 2015, *AJ famille*, 2015, p. 433.

³⁷⁵⁶ CCNE, Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP), p. 34.

³⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 36.

1099. L'inégalité de traitement qui serait ainsi constituée entre les couples de femmes, autorisés à accéder à l'AMP, et les couples d'hommes, privés d'accès à toute technique de procréation assistée³⁷⁵⁸, n'apparaît cependant pas pour autant appréhendée comme une discrimination faite aux hommes, précisément car les « différences d'ordre physiologique » entre les sexes en matière de procréation justifient l'avantage accordé à la préservation du lien maternel³⁷⁵⁹. De façon intéressante, le CCNE souligne bien l'existence d'une inégalité résultant de l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes, mais une inégalité qui toucherait les enfants, alors privés de père, et non les hommes³⁷⁶⁰. En ne considérant pas l'inégalité sous l'angle de la discrimination fondée sur le sexe, le CCNE marque ainsi qu'il n'existe pas un « droit à être père » qu'il serait possible de revendiquer sur ce terrain, tandis que l'ouverture de l'AMP, si elle a lieu, sera l'aboutissement des revendications égalitaires d'un « droit » pour toutes les femmes « à être mère ».

1100. Les femmes apparaissent par conséquent plutôt privilégiées par rapport aux hommes lorsqu'elles souhaitent devenir parents, que ce soit à titre individuel ou, dans l'hypothèse de l'ouverture de l'AMP, lorsqu'elles sont en couples. Un tel privilège renforce les rôles de genre en accordant une place primordiale à la maternité par rapport à la paternité. Mais le choix des femmes apparaît encore autant plus avantageux lorsqu'il s'agit de la question de ne pas être parent.

B. Les femmes favorisées par rapport aux hommes quant au choix de ne pas être parent

1101. Le droit de la filiation favorise les femmes qui ne veulent pas être mères par rapport aux géniteurs qui ne veulent pas être pères, sans que cette inégalité de traitement soit constitutive en droit d'une rupture du principe d'égalité. Mais si cette inégalité est justifiée par la différence de situation des femmes et des hommes au regard de l'enfantement, elle reproduit également les rôles de genre, en particulier en assignant le géniteur de l'enfant au rôle de pourvoyeur financier du foyer.

1102. **L'inégalité relative à l'accouchement sous X non constitutive d'une discrimination.** Contrairement aux hommes, les femmes qui ne souhaitent pas devenir mères détiennent des moyens légaux pour éviter la maternité : « Précocement par un recours à l'IVG ou plus tardivement en demandant à accoucher dans le secret »³⁷⁶¹ aux termes de l'article 326 du Code civil. L'accouchement sous X a également d'abord été construit précisément pour éviter les

³⁷⁵⁸ GALLMEISTER Inès, « Ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : la boîte de Pandore », *op. cit.*, p. 40.

³⁷⁵⁹ MARAIS Astrid, « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ? », *op. cit.*, p. 128.

³⁷⁶⁰ CCNE, Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP), p. 19.

³⁷⁶¹ MARGUET Laurie, MESNIL Marie, « L'égalité des sexes et des sexualités au prisme du droit de la famille », *op. cit.*, p. 50.

avortements et infanticides³⁷⁶², puis il a été généralisé au XX^e siècle comme dispositif protecteur des femmes « dans la détresse »³⁷⁶³. Ce mécanisme leur permet en effet de conserver leur anonymat à la naissance de l'enfant générant, par ce biais, une différence de traitement entre les sexes dans le choix de ne pas être parent et désavantageant les hommes.

1103. Sur ce point, la loi du 8 janvier 1993 était encore davantage inégalitaire que le mécanisme actuel, puisqu'elle prévoyait une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement dans le secret³⁷⁶⁴, tandis que l'action en recherche de paternité était et demeure possible. Ainsi, même lorsque l'homme ne souhaite pas être père et n'a pas établi la filiation avec l'enfant à sa naissance, la mère de l'enfant « peut choisir d'imposer une naissance à un homme »³⁷⁶⁵ – action facilitée par l'usage croissant de l'expertise biologique – alors que l'inverse n'est pas possible. Cette « paternité imposée »³⁷⁶⁶ est également prévue en matière d'AMP, puisque l'homme qui a donné son consentement à un projet d'AMP et qui ne reconnaît pas l'enfant voit non seulement sa responsabilité engagée, mais également sa paternité judiciairement déclarée³⁷⁶⁷.

1104. La fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X a néanmoins été supprimée par la loi du 16 janvier 2009, précisément « dans un souci d'égalité avec la recherche en paternité »³⁷⁶⁸. Pour le rapporteur Richemont, en effet, une telle suppression vise à « prévenir une éventuelle condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme », en ce que « cette discrimination entre hommes et femmes est fréquemment dénoncée comme contraire à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³⁷⁶⁹. Le rapport ne précise toutefois pas en quoi la différence de traitement dans l'action en recherche de paternité et de maternité devient illégitime. L'alignement des rôles sociaux entre les parents justifie-t-il l'égalisation de leur statut dans l'action en recherche

³⁷⁶² IACUB Marcela, « Naître sous X », *op. cit.*, p. 48 : « Cette institution à la fois commet un avortement et l'évite. Plus exactement, elle permet d'obtenir certaines des conséquences juridiques de l'avortement, sans passer par lui ». Voir pour l'historique de la reconnaissance légale de l'accouchement sous X : BARÈGES Brigitte, Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, 12 novembre 2010, p. 7 et s. Si la pratique de l'accouchement dans le secret est admis dès le Moyen-Âge, c'est à la Révolution française qu'est fixé son premier cadre légal.

³⁷⁶³ BARÈGES Brigitte, Rapport précité, p. 47.

³⁷⁶⁴ Article 26 et 27 de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

³⁷⁶⁵ KESSLER Guillaume, « Le droit de ne pas être père », *AJ Famille*, 2017, p. 292.

³⁷⁶⁶ LASSALAS Christine, « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité... », *Petites Affiches*, n° 120, juin 2016, p. 6.

³⁷⁶⁷ Article 311-19 du Code civil, modifié par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005.

³⁷⁶⁸ GRÜNDLER Tatiana, « Les droits des femmes contre les droits de l'enfant : vers la fin de l'accouchement sous X », *La Revue des droits de l'homme*, n° 3, juin 2013, p. 77.

³⁷⁶⁹ DE RICHEMONT Henri, Rapport n° 145 (2007-2008) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, déposé le 19 décembre 2007 au Sénat, p. 46.

de paternité et de maternité ? Les différences biologiques de situation entre hommes et femmes dans l'engendrement ne sont-elles, dès lors, plus pertinentes ? Le rapport n'en dit rien.

1105. Il n'en demeure pas moins que l'inégalité entre les sexes perdure même après 2009, car l'action en recherche de maternité apparaît dénuée de portée par rapport à la recherche de paternité. En effet, l'absence d'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance rend les actions en recherche de maternité assez rares³⁷⁷⁰ et lorsqu'il y a accouchement sous X, l'anonymat de la femme ayant accouché rend extrêmement compliquée la recherche de celle-ci, comme l'admet du reste le rapporteur³⁷⁷¹. Surtout, l'inégalité juridique reste entière, dans la mesure où il n'existe pas d'équivalent à l'accouchement sous X pour les hommes. Le législateur de 2009 a certes procédé à une égalisation « négative », en supprimant la fin de non-recevoir de l'action en recherche de maternité, mais n'a pas recherché une égalisation « positive » en créant un statut de « géniteur sous X »³⁷⁷². Il en est pourtant question aujourd'hui³⁷⁷³, afin de répondre aux revendications des pères dits « piégés »³⁷⁷⁴, qui se sont vus imposer une paternité qu'ils n'ont pas souhaitée. Cette inégalité est d'autant plus contestée lorsqu'elle résulte du comportement d'une femme qui lui a « menti sur l'utilisation d'un moyen de contraception »³⁷⁷⁵. Dans ce cas, « sauf à invoquer la prescription de l'action, qui a lieu dans un délai de 10 ans à compter de la majorité de l'enfant (articles 334 et 321 du Code civil), cet homme n'a aucun moyen de s'opposer à l'action menée contre lui, sur le fondement de l'article 327 du Code civil, pour établir sa paternité »³⁷⁷⁶. Certaines juridictions ont tout de même favorisé, sur le terrain de la responsabilité, la volonté des hommes ne souhaitant pas être pères³⁷⁷⁷. Les juges refusent toutefois généralement de reconnaître la responsabilité des femmes pour avoir omis de prendre un moyen de contraception³⁷⁷⁸. Surtout, la tendance de certains juges sur le terrain de la responsabilité, « loin de faire l'unanimité »³⁷⁷⁹, n'a pas conduit à instaurer, sur le plan de la filiation, une « parité dans la fécondité et la possibilité de

³⁷⁷⁰ COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 386.

³⁷⁷¹ DE RICHEMONT Henri, Rapport précité, p. 46.

³⁷⁷² KESSLER Guillaume, « Le droit de ne pas être père », *op. cit.*, p. 292. Voir IACUB Marcela, « Pour un statut de géniteur sous X, la fin d'un privilège féminin et du patriarcat », *Psychologie*, novembre 2006, p. 92.

³⁷⁷³ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, Rapport du groupe de travail *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* précité, p. 83. LASSALAS Christine, « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité... », *Petites Affiches*, n° 120, juin 2016, p. 6.

³⁷⁷⁴ FAVIER Yann, « Procréation et filiation : déconstruction dans le droit de la parenté », *op. cit.*, p. 65.

³⁷⁷⁵ KESSLER Guillaume, « Le droit de ne pas être père », *op. cit.*, p. 292.

³⁷⁷⁶ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelles*, Rapport précité, p. 84.

³⁷⁷⁷ Dans certaines affaires, il a été jugé que le refus de reconnaître l'enfant ne pouvait engager la responsabilité de son géniteur (CA Versailles, 25 avril 2013, n° 12/03357). Le père n'est également pas responsable lorsqu'il ignorait la grossesse de la femme, mais à l'inverse, la responsabilité de celle-ci, qui a caché la naissance de l'enfant au père mais qui a ensuite recherché sa paternité, a pu être engagée (CA Aix-en-Provence, 26 janvier 2016, n° 15/02190).

³⁷⁷⁸ Cass. 2^e civ., 12 juillet 2007, n° 06-16869.

³⁷⁷⁹ KESSLER Guillaume, « Le droit de ne pas être père », *op. cit.*, p. 292.

recourir à la procédure de géniteur sous X », selon les termes d'un requérant³⁷⁸⁰ : il n'est nullement admis que la volonté du père puisse faire obstacle au lien de filiation paternelle³⁷⁸¹.

1106. Les revendications égalitaires des pères ont d'ailleurs donné lieu à la contestation, à plusieurs reprises dans les années 2010³⁷⁸², des dispositions du Code civil en cause, par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, sur le fondement de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et de l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946. Si la Cour de cassation a considéré que la question était nouvelle, elle a cependant estimé qu'elle était dénuée de caractère sérieux et a refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel. Les requérants n'ont en effet pas contesté le dispositif inégalitaire de l'accouchement sous X (article 326 du Code civil), mais ont concentré leur argumentaire sur les articles 325 et 327 du Code civil relatifs aux actions en recherche de paternité et de maternité. Or, ces dispositifs sont précisément, depuis 2009, égalitaires, comme le souligne la Cour de cassation³⁷⁸³, puisque le législateur a supprimé la fin de non-recevoir aux actions en recherche de maternité. La requête n'interrogeait pas la création d'un statut de « géniteur sous X », mais plutôt le renforcement de l'action en recherche de paternité depuis 2005, qu'il était alors peu judicieux de contester sur le terrain de l'égalité.

1107. L'argument de l'égalité des sexes dans le choix de ne pas être parent est du reste décrié par certains auteurs qui le jugent peu convaincant, « au motif très simple que femme et l'homme ne sont pas placés dans la même situation, la femme portant l'enfant »³⁷⁸⁴. De ce point de vue, « les femmes ont seules le pouvoir de décider d'avoir ou de ne pas avoir un enfant. Il est important de comprendre que la décision d'avoir ou non un enfant, fait partie pour la femme, du droit de disposer de son corps »³⁷⁸⁵. Dès lors, « l'intérêt d'ordre public supérieur » qui s'attache à l'accouchement sous X justifie de déroger au principe d'indisponibilité des actions en matière de filiation, celui-ci incombant à l'inverse toujours aux pères. Pour d'autres, « cette utilisation du principe d'égalité entre les hommes et les femmes semble contestable dans la mesure où ce sont sur les femmes que pèsent encore principalement les charges de la naissance d'un enfant et de

³⁷⁸⁰ CA Versailles, 10 octobre 2016, n° 15/07061.

³⁷⁸¹ CA Versailles, 10 octobre 2016, n° 15/07061 : « Considérant que l'article 327 du Code civil dispose que "la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée" ; considérant qu'il s'induit des termes "peut être" qu'une action à cette fin est possible mais nullement que le tribunal peut refuser de déclarer cette paternité si celle-ci est démontrée ».

³⁷⁸² Cass. 1^{ère} civ., 24 février 2011, n° 10-40068 ; 28 mars 2013, n° 13-40001 ; 2 décembre 2015, n° 15-18312 ; 9 novembre 2016, n° 15-20547.

³⁷⁸³ Cass. 1^{ère} civ., 9 novembre 2016, n° 15-20547 : « La question posée ne présente pas de caractère sérieux au regard du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, dès lors, d'une part, que la maternité hors mariage est susceptible d'être judiciairement déclarée, comme la paternité hors mariage et dans les mêmes conditions procédurales, y compris en cas d'accouchement dans le secret, lequel ne constitue plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité ».

³⁷⁸⁴ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité, p. 85.

³⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 85.

son éducation»³⁷⁸⁶. Le rapport Théry-Leroyer préconise de « prendre en compte la valeur d'égalité des sexes [...] d'une autre façon » – sans pour autant se référer à l'égalité matérielle ou réelle – « sans aucun déni de l'asymétrie des corps, mais en référence à l'idée que notre société considère justement que cette asymétrie qui pendant tant de siècles a pu être utilisée pour asseoir et “naturaliser” la subordination sociale des femmes, ne saurait légitimement être retournée aujourd'hui comme une arme contre les hommes»³⁷⁸⁷. S'il ne s'agit pas de nier la spécificité des femmes dans l'engendrement par une application formelle de l'égalité, il ne s'agit pas non plus de renvoyer à cette spécificité pour désavantager les hommes dans les cas où ceux-ci n'ont pas pu prendre leurs responsabilités au moment de la conception. Plutôt que d'admettre la fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité ou la création d'un statut de géniteur sous X, le rapport prône donc une « responsabilité sociale partagée » qui permettrait de « prendre en considération davantage la dimension du temps, et le fait pour l'homme de ne pas avoir pu choisir le moment de sa paternité et de ne pas avoir pu s'y préparer »³⁷⁸⁸.

1108. Quoi qu'il en soit, l'argument égalitaire ne saurait se limiter à la simple question de l'égalité formelle. L'inégalité dans le choix de ne pas être parent peut, en effet, être interrogée aussi du point de vue de l'égalité réelle, dans la mesure où elle reconduit les représentations des rôles de genre attribuant au père le rôle de pourvoyeur des besoins du foyer.

1109. **Une obligation d'entretien pour les pères véhiculant les rôles de genre traditionnels.** L'absence de création d'un statut de « géniteur sous X », combinée avec la possibilité d'action en recherche de paternité, est génératrice d'une inégalité fondée sur le sexe puisque, contrairement aux femmes, les hommes peuvent se voir imposer la paternité et sont alors obligés d'assumer l'enfant, en particulier d'un point de vue pécuniaire. En cas de succès de l'action en recherche de paternité, en effet, l'obligation d'entretien³⁷⁸⁹ – sous forme de contribution financière dans la plupart des cas – incombe alors au père et remonte, de manière rétroactive, à la naissance de l'enfant, le jugement étant déclaratif en matière d'obligation

³⁷⁸⁶ MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Thèse de doctorat de droit privé, Université Paris Descartes et Université de Neuchâtel, 2015, p. 481.

³⁷⁸⁷ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité, p. 85.

³⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 86.

³⁷⁸⁹ Article 371-2 du Code civil : « Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant ».

d'entretien³⁷⁹⁰. Le père se voit également dans l'obligation, selon les règles de la dévolution successorale, de transmettre une partie de son patrimoine « à l'enfant qu'il n'a pas souhaité »³⁷⁹¹.

1110. Le fait que la fonction d'entretien pécuniaire de l'enfant ne soit imposée qu'aux hommes et non aux femmes – qui peuvent en théorie y échapper – reconduit, dès lors, les rôles de genre inégalement attribués aux femmes et aux hommes³⁷⁹² – « Monsieur Gagne-Pain et Madame Au foyer » – contre lesquels le législateur entend précisément lutter dans ses politiques d'égalité réelle. L'inégalité juridique ainsi établie repose sur le modèle du « géniteur-payeur »³⁷⁹³ ou « géniteur-portefeuille »³⁷⁹⁴ ; or, cette représentation du père, centrée sur l'aspect pécuniaire de l'entretien de l'enfant, limite une appréhension de la paternité plus égalitaire, à savoir à travers une prise en charge par les pères de tous les aspects de l'entretien de l'enfant, pas seulement financiers.

1111. Une telle représentation est renforcée par le mécanisme de l'action à fins de subside prévue à l'article 342 du Code civil, apparaissant pour certains comme « un archaïsme juridique, révélateur d'une certaine conception de la paternité »³⁷⁹⁵. Dans le cas où une mère ou son enfant ne souhaitent pas établir le lien de filiation avec le géniteur ou lorsque cela est impossible (par exemple, en cas d'inceste³⁷⁹⁶), elle peut préférer engager une action à fins de subsides contre l'homme avec qui elle a eu des relations pendant la période légale de la conception. Cette procédure est tout à fait inégalitaire, puisqu'elle vise uniquement les hommes ayant eu des relations avec la mère et non les femmes ayant eu des relations avec le père³⁷⁹⁷. Bien que le jugement soit constitutif et non déclaratif, il entraîne tout de même pour l'homme le versement d'une pension alimentaire, alors même que celui-ci n'est pas forcément, d'après le texte du Code civil, le géniteur de l'enfant : il faut simplement que l'homme en cause ait eu des relations sexuelles avec la mère de l'enfant pendant la période de conception³⁷⁹⁸. Il n'est même plus alors question de la participation du père à l'entretien de l'enfant, mais bien de la participation d'un homme, du fait de son sexe, à l'entretien uniquement financier de l'enfant. Ce n'est plus en raison de son lien biologique avec l'enfant, mais parce qu'il est de sexe masculin, que l'homme se voit

³⁷⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 14 février 2006, n° 05-13738 ; 23 mai 2006, n° 05-18644 ; 3 décembre 2008, n° 07-12042 ; 28 janv. 2009, n° 07-15243 ; 8 juin 2016, n° 14-26273 ; 22 juin 2016, n° 15-21783.

³⁷⁹¹ LASSALAS Christine, « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité... », *Petites Affiches*, n° 120, juin 2016, p. 6.

³⁷⁹² DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 65.

³⁷⁹³ FULCHIRON Hugues, « Les paternités forcées : projet parental *versus* géniteur payeur », *Droit de la famille*, 2017, p. 1.

³⁷⁹⁴ LASSALAS Christine, « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité... », *Petites Affiches*, n° 120, juin 2016, p. 6.

³⁷⁹⁵ MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.* p. 475.

³⁷⁹⁶ ARDEEF Isabelle, « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », *AJ Famille*, 2012, p. 39.

³⁷⁹⁷ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 64.

³⁷⁹⁸ L'article 342 alinéa 3 du Code civil va même plus loin en énonçant que : « L'action est recevable même si le père ou la mère était au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, ou s'il existait entre eux un des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent Code ».

imposer le versement de subsides, ce qui renforce l'attribution du rôle de soutien financier au genre masculin. En pratique, le juge a toutefois appliqué le principe selon lequel l'expertise biologique est de droit à l'action à fins de subsides³⁷⁹⁹, focalisant le rôle de pourvoyeur d'aliments sur le géniteur de l'enfant. Il reste que le géniteur est conçu avant tout comme « devant uniquement subvenir aux besoins de l'enfant » reproduisant une représentation de la paternité « uniquement pécuniaire »³⁸⁰⁰.

1112. Étonnamment, alors même que cette inégalité juridique désavantage les hommes et reproduit des rôles de genre inégalitaires, elle n'a pas été appréhendée sous l'angle du principe d'égalité, ni au sens de l'égalité formelle, ni au sens de l'égalité réelle. Elle n'a du reste pas été adoptée à sa création³⁸⁰¹, du moins à titre principal³⁸⁰², comme dispositif compensateur des inégalités de fait pour les femmes abandonnées par l'homme avec qui elles avaient conçu l'enfant ; le caractère « compensateur » aurait pourtant pu servir de justification à la différence de traitement. Mais l'action a été plutôt envisagée comme permettant d'entraîner la responsabilité du géniteur envers l'enfant³⁸⁰³, en étendant aux enfants issus de l'inceste, d'un adultère et, à partir de 1972, à tous les enfants naturels, les conséquences « alimentaires » de l'action en recherche de paternité. Si l'inégalité entre hommes et femmes est ici admise, c'est donc avant tout en raison de la différence de traitement en matière d'établissement du lien de filiation – la filiation paternelle est incertaine contrairement à la filiation maternelle –, elle-même fondée sur la spécificité « biologique » de l'accouchement comme élément définissant la maternité³⁸⁰⁴. De cette différence dans l'établissement du lien de filiation découle une vacance beaucoup plus importante des filiations paternelles, du fait du caractère volontaire de la paternité. Dès lors, l'action à fins de subsides est prévue contre les géniteurs et non contre les gestatrices, car l'entretien *de facto* de l'enfant incombe pratiquement, logiquement, toujours aux femmes du fait de l'établissement automatique du lien maternel.

³⁷⁹⁹ Voir parmi les nombreux arrêts en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n° 03-13901. MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 476.

³⁸⁰⁰ MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 479.

³⁸⁰¹ La loi n° 55-934 du 15 juillet 1955 a créé « l'action alimentaire » permettant aux « enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérins » « de réclamer des aliments sans que l'action ait pour effet de proclamer l'existence d'un lien de filiation dont l'établissement demeure prohibé ». La loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 remplace l'action alimentaire par « l'action à fins de subsides » en accordant la possibilité pour « tout enfant naturel dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie » de réclamer des subsides « à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de conception ».

³⁸⁰² Certains députés décrivent en effet l'action à fins de subsides comme un dispositif protecteur des femmes : voir l'intervention du rapporteur Léon-Jozeau Marigné lors de la séance du 9 novembre 1971 au Sénat, durant les débats parlementaires relatifs à la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, p. 1938.

³⁸⁰³ Voir l'intervention du Garde des Sceaux lors de la séance du 6 octobre 1971 à l'Assemblée nationale, p. 4331.

³⁸⁰⁴ Voir l'intervention du rapporteur Jean Foyer lors de la séance du 6 octobre 1971 à l'Assemblée nationale, p. 4323 : « Et d'abord, je ne comprends pas comment une action alimentaire pourrait être exercée contre la mère. Il y a toujours un doute sur la filiation paternelle : elle ne peut jamais être prouvée avec une certitude totale. Mais comment admettre, en ce qui concerne la mère, qu'il y ait une différence entre une filiation de fait et une filiation de droit ? »

1113. La différence de traitement entre les femmes et les hommes dans l'établissement du lien de filiation est par conséquent génératrice d'inégalités entre les sexes dans le choix d'être ou de ne pas être parent, tant au regard de l'égalité formelle que de l'égalité réelle. Elle conduit en effet à avantager les femmes et désavantager les hommes en accordant au choix des premières une place plus importante. Elle aboutit aussi, par là même, à reproduire les représentations inégalitaires des rôles de genre – défavorables, dans une perspective structurelle, pour les deux sexes – en mettant l'accent sur le lien maternel et en renvoyant à une image du père comme pourvoyeur alimentaire. Cette dimension inégalitaire n'est cependant pas appréhendée comme discriminatoire, car elle apparaît justifiée par l'asymétrie biologique qui existe entre les sexes dans l'engendrement, et en particulier le fait que les femmes portent et accouchent des enfants. Seule une prise de distance avec l'appréhension biologique et donc asymétrique du lien de filiation serait donc en mesure de satisfaire les exigences égalitaires. Pour cela, certains auteurs proposent de retenir une définition du lien de filiation fondée uniquement sur la volonté, et ce pour la paternité comme pour la maternité³⁸⁰⁵. Le lien de filiation ne dépendrait, dès lors, que du « projet parental » issu des volontés des deux parents conçues de manière égale³⁸⁰⁶. Dans cette perspective, le choix d'être ou de ne pas être parent l'emporterait sur le fait biologique, ce qui conduirait à faire obstacle à la « paternité imposée », en détachant la qualité de géniteur du statut de père. Cette solution permettrait de garantir l'égalité réelle, dans la mesure où les femmes pourraient choisir ou non de reconnaître l'enfant, garantissant un droit pour les femmes de disposer de leur corps³⁸⁰⁷, tout en permettant aux hommes de fonder également la paternité uniquement sur la volonté et d'échapper ainsi au rôle de « père-portefeuille ».

1114. L'évolution du droit de la filiation ne s'oriente toutefois pas dans une telle perspective volontariste et égalitaire : le maintien d'une inégalité entre les sexes apparaît irréductible. S'il n'est pas question de faire primer la dimension sociale de la parenté sur la dimension biologique, c'est surtout en raison du caractère fondamental accordé par le droit au lien biologique maternel. Si le lien maternel est privilégié par rapport au lien paternel, c'est en effet parce que la maternité est avant tout considérée comme découlant du lien biologique spécifique qui prend place entre la mère et l'enfant durant la grossesse et au-delà. Dès lors, la filiation maternelle ne saurait être définie autrement que par la gestation. Mais en rattachant ainsi la maternité à la gestation, le droit

³⁸⁰⁵ Voir en particulier IACUB Marcela, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, *op. cit.*, p. 349 ; MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 490 et s. ; SHULTZ Marjorie Maguire, « Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality », *Wisconsin Law Review*, 1990, p. 297-398 ; KESSLER Guillaume, « Le droit de ne pas être père », *op. cit.*, p. 292.

³⁸⁰⁶ PICHARD Marc, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *op. cit.*, p. 141.

³⁸⁰⁷ MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 485 ; IACUB Marcela, « Pour X. L'inconvénient d'être né de personne », *Raisons politiques*, n° 12, 4/ 2003, p. 55-76.

maintient une représentation du corps des femmes qui a longtemps justifié leur exclusion juridique de certains droits, et qui continue aujourd'hui à alimenter des inégalités de genre.

II. L'importance accordée à la « maternité physiologique » comme entrave à l'égalité réelle

1115. Les inégalités juridiques en matière de filiation se trouvent justifiées par un élément de fait qui concerne, sur le plan biologique, uniquement les femmes, à savoir que seules ces dernières portent les enfants³⁸⁰⁸. Aussi, c'est parce que la grossesse et l'accouchement touchent le corps des femmes de manière spécifique que le statut juridique de la paternité ne saurait, de ce point de vue, être aligné sur celui de la maternité. Le droit de la filiation construit ainsi le lien juridique entre la mère et l'enfant comme découlant du lien spécifique supposé forgé entre eux au moment de la grossesse et de la naissance³⁸⁰⁹. La prise en compte par le droit du fait biologique de la grossesse et de l'accouchement dépasse du reste l'établissement du lien de filiation : des dispositifs de protection sociale, comme le congé de maternité, constituent également une différence de traitement entre les sexes justifiée – parfois du point de vue de l'égalité³⁸¹⁰ – par la spécificité biologique de la maternité.

1116. Cette valorisation de la « maternité physiologique » en droit de la filiation, ainsi que sa protection en droit social – dont il ne s'agit pas de nier les apports en termes de droits des femmes – ont conduit toutefois, en contrepartie, à placer au second plan la « maternité sociale » ou « d'intention »³⁸¹¹. Dès lors, en accordant la primauté à une définition biologique du lien maternel, les acteurs juridiques français et européens ont construit par là même un « empire du ventre »³⁸¹², conduisant à appréhender la maternité à travers le prisme du corps des femmes. Une telle définition de la maternité est elle-même à la racine de la perpétuation des rôles sociaux de genre hiérarchisés, en alimentant une représentation du corps des femmes « par essence » ou « par nature » au service de la maternité : « La naturalité de la maternité [constitue alors] un élément de

³⁸⁰⁸ Hormis bien sûr le cas des hommes encoints ; toutefois, dans la mesure où le droit tend plutôt, on l'a vu, à faire obstacle à leur reconnaissance (en prévoyant que le changement de sexe est inopérant du point de vue des filiations), il est plus judicieux d'affirmer que, du point de vue du droit français, le fait est que seules les femmes portent et accouchent des enfants.

³⁸⁰⁹ Un tel lien est affirmé explicitement dans certains discours juridiques, par exemple dans l'arrêt de la CJCE du 12 juillet 1984, *Hofmann* (C-184/83), point 25 dans lequel la Cour entend protéger les « rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement ».

³⁸¹⁰ Cf. partie II, titre I, chapitre I.

³⁸¹¹ Ces expressions ne sont pas tout à fait adéquates, puisque la maternité désigne, du point de vue du droit de la filiation, le lien juridique entre la mère et l'enfant. On fera ici néanmoins usage de l'expression « maternité biologique », par commodité de langage, pour désigner le fait biologique de la grossesse et de l'accouchement et de « maternité sociale » pour renvoyer à la fonction d'éducation et d'élevage de l'enfant prise en charge par les femmes, corroborée par volonté de ces femmes d'établir un lien de filiation avec l'enfant, indépendamment de tout lien biologique avec l'enfant.

³⁸¹² IACUB Marcela, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, op. cit.

l'identité féminine»³⁸¹³. Et c'est précisément le rattachement de l'identité féminine au rôle de mère qui a longtemps justifié le confinement des femmes à la sphère reproductrice et génère, encore aujourd'hui, des inégalités de fait entre les femmes et les hommes dans la division genrée du travail.

1117. C'est pourquoi la valorisation et la protection par le droit de la maternité, bien qu'elles puissent découler d'une application de l'égalité substantielle à dimension compensatrice, entravent l'égalité réelle lorsqu'elles visent uniquement la « maternité physiologique » et excluent de leur champ la « maternité sociale », en reproduisant une représentation de la femme comme naturellement mère. Hors du cas de l'adoption, le droit de la filiation retient clairement une définition physiologique de la maternité susceptible de faire obstacle à l'égalité réelle (A), une telle définition étant, dans une certaine mesure, confortée par le droit de la protection sociale (B).

A. La prédominance d'une définition physiologique de la maternité en droit de la filiation renforçant les représentations liées aux rôles de genre

1118. Le titre VII du Code civil adopte, on l'a vu, une définition physiologique de la maternité en faisant de l'accouchement le fait à l'origine du lien de filiation entre la mère et l'enfant. Certes, tout le droit de la filiation n'est pas dominé par une telle définition, puisque le titre VIII consacré à l'adoption détache logiquement la filiation du lien biologique pour retenir une parenté uniquement « sociale ». Néanmoins, les dispositions relatives à l'adoption ne définissent précisément pas la maternité, puisqu'elles sont désormais, depuis 2013, complètement neutres du point de vue du sexe des parents. La maternité demeure donc encore définie par la gestation, conduisant à perpétuer les représentations de genre fondées sur la valorisation de l'enfantement pour les femmes : la femme qui a porté l'enfant ne saurait refuser d'être mère. Cette persistance d'une définition physiologique de la maternité se manifeste tant à travers le rôle restreint accordé à la « maternité d'intention », en particulier dans le cadre de la GPA, que par la remise en cause croissante du mécanisme de l'accouchement sous X.

1119. **La maternité d'intention au second plan en droit de la filiation.** La définition de la maternité par l'accouchement retenue en droit de la filiation tend à exclure les autres formes de maternité, génétique et sociale, dont la prise en compte à part entière a été facilitée par l'évolution des techniques de procréation³⁸¹⁴. Il est ainsi possible qu'un enfant naisse à partir des ovocytes

³⁸¹³ MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 482.

³⁸¹⁴ THÉRY Irène, LÉROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité, p. 89.

d'une femme (la génitrice), qui sont implantés dans l'utérus d'une autre (la gestatrice). Dans le cadre d'une AMP, la mère d'intention est alors la gestatrice de l'enfant, tandis que dans celui d'une GPA, la mère d'intention peut être la génitrice de l'enfant ou n'avoir aucun lien biologique avec ce dernier. Cela ne signifie pas que le droit occulte totalement la maternité génétique ou d'intention, mais qu'elle n'est reconnue que par le biais de l'adoption et jamais à travers les règles du titre VII du Code civil.

1120. C'est dans le cadre du contentieux lié à la transcription d'actes de naissance d'enfants nés d'une GPA à l'étranger, étudié précédemment, que se manifeste de manière la plus significative la négation de la maternité génétique ou d'intention – la jurisprudence ne distinguant pas si la mère d'intention est la génitrice ou non³⁸¹⁵. Le juge interprète la condition de « réalité » posée par l'article 47 du Code civil³⁸¹⁶ pour la transposition de l'acte de naissance, comme correspondant à la « réalité de l'accouchement »³⁸¹⁷ : la « vraie » mère est celle qui accouche ; dès lors, l'acte de naissance qui ne transcrirait pas cette « réalité » ne saurait être transposé en droit français. Le juge refuse ici de considérer que la maternité « réelle » puisse être la maternité d'intention, que celle-ci correspondante ou non à la maternité génétique. Mais lorsqu'il s'agit du refus de reconnaître la mère génétique³⁸¹⁸, le juge nie par là même un autre aspect biologique de la maternité : celui qui correspond à la transmission des caractéristiques génétiques à l'enfant. Surtout, le corps des femmes est alors appréhendé dans une seule dimension, la gestation, et l'on « oublie alors que le prélèvement d'ovocyte, acte loin d'être anodin (puisqu'il suppose une stimulation ovarienne puis une ponction ovocytaire par voie vaginale sous anesthésie locale ou générale), implique qu'une femme autre que la gestatrice (parfois la future mère, parfois non) subisse une atteinte corporelle au profit du couple »³⁸¹⁹.

1121. La « maternité génétique » n'est pas prise en compte dans la définition juridique de la maternité, alors qu'elle implique aussi le corps des femmes. Les acteurs juridiques choisissent ainsi de valoriser, voire de « sacraliser »³⁸²⁰ l'enfantement, en orientant leur discours autour de

³⁸¹⁵ DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 60.

³⁸¹⁶ Article 47 du Code civil : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers faits en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

³⁸¹⁷ Voir pour des arrêts récents sur cette question : Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2017, n° 15-28597, n° 16-16901 ; n° 16-50025 ; n° 16-16455 ; n° 16-16495.

³⁸¹⁸ DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « L'établissement de la filiation », in BLOCH Pascale, DEPADT Valérie, *L'identité génétique de la personne. Entre transparence et opacité*, *op. cit.*, p. 28.

³⁸¹⁹ CATTO Marie-Xavière, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêt ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 3, juin 2013, p. 135.

³⁸²⁰ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, *op. cit.*, p. 148 : « La forme de sacralité que transcrivent les

l'adage « *mater semper certa est* », ce qui conduit à perpétuer la « naturalisation »³⁸²¹ du rôle de la « femme-mère par essence »³⁸²². Certains discours doctrinaux s'opposant à la GPA, s'appuient, en ce sens, sur un argumentaire essentialiste faisant du « ventre de la femme » le « lieu de son moi profond »³⁸²³, une partie essentielle de l'identité féminine. Un tel argumentaire a du reste pu être mobilisé dans le discours des juges pour invalider le consentement d'une femme porteuse d'un enfant dans le cadre d'une GPA : « Son consentement initial, dépourvu de toute dimension maternelle subjective ou psychique, prive de portée juridique son consentement ultérieur à l'adoption de l'enfant dont elle a accouché, un tel consentement ne pouvant s'entendre, sauf à représenter un détournement de la procédure d'adoption – et sachant que rien ne peut altérer le fait d'une maternité biologique – que comme celui d'une mère à renoncer symboliquement et juridiquement à sa maternité dans toutes ses composantes et en particulier dans sa dimension subjective ou psychique »³⁸²⁴. Bien que ce motif ait été invalidé par la Cour de cassation³⁸²⁵, il montre combien la conception de l'enfantement comme part de l'« identité féminine » imprègne le discours juridique : les femmes ne sauraient y renoncer en abandonnant leur enfant par le biais de la GPA. L'argumentaire du CCNE pour s'opposer à l'ouverture de la GPA en France accorde, dans le même sens, une importance primordiale au maintien après la naissance des « relations étroites et spécifiques » qui se sont forgées pendant la grossesse entre la femme porteuse et l'enfant³⁸²⁶. Le « déni » de la maternité physiologique et de ce lien particulier entraînerait des conséquences psychiques tant pour l'enfant que pour la « mère » – l'emploi de ce terme n'est pas neutre – sous forme d'un traumatisme de la séparation entre la mère et l'enfant³⁸²⁷. En insistant sur « la blessure de l'abandon » provoquée par la GPA, ces discours non seulement présupposent que la « vraie mère » est la mère biologique, mais ils établissent également une « hiérarchie » entre les formes de maternités, l'adoption apparaissant comme découlant nécessairement sur un

énoncés juridiques contemporains qui se situent dans l'héritage du droit romain (par exemple, *mater semper certa est*) est (mais ce n'est que cela) un choix, une combinaison parmi d'autres possibles ».

³⁸²¹ PICHARD Marc, « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes “désactivé” ? », *Petites affiches*, n° 256-257, 26 décembre 2017, p. 6 : « L'impression est forte d'une “naturalisation”, entendue comme l'appréhension d'une donnée qui s'imposerait au droit en sa qualité de fait, de ce qui est pourtant un critère juridique et donc construit de la maternité ».

³⁸²² MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 482.

³⁸²³ FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris, Fayard, 2013.

³⁸²⁴ CA Dijon, 24 mai 2016, n° 15/00057.

³⁸²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2017, n° 16-16455.

³⁸²⁶ CCNE, avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP), p. 34 : « Pendant la grossesse, les relations que la mère porteuse noue avec le fœtus, et donc avec l'enfant à venir, sont étroites et spécifiques. Les échanges sont biologiques et psychiques, avec des marques épigénétiques, et des empreintes de l'environnement auquel la femme - et donc l'enfant - est exposée. Il existe une symbiose entre le fœtus et la mère qui le porte. Il perçoit ses mouvements, ses émotions, les variations de ses rythmes cardiaque et respiratoire, ses phases d'activité/repos ; il est réceptif au type d'alimentation, aux odeurs, aux sons familiaux et notamment des voix maternelle et paternelle ».

³⁸²⁷ CCNE, avis n° 126 du 15 juin 2017 précité, p. 36.

traumatisme psychique³⁸²⁸. De ce point de vue, la GPA constituerait aussi un traumatisme pour les femmes porteuses³⁸²⁹, car l'abandon ainsi provoqué – mais jamais réellement consenti – irait à l'encontre du lien naturel entre la « mère » et l'enfant³⁸³⁰. L'on voit donc que la primauté accordée à la définition du lien de filiation maternelle par la gestation et la prohibition, qui en découle, de la GPA véhicule une certaine représentation de la maternité comme intrinsèquement liée au corps féminin et faisant partie d'une « nature féminine » qui serait indisponible aux femmes. Or, une telle représentation a non seulement pu, dans le passé, justifier l'incapacité juridique des femmes et les entraves à la libre disposition de leur corps³⁸³¹, mais elle alimente encore aujourd'hui les inégalités structurelles en perpétuant les rôles de genre en rattachant les femmes à la sphère reproductive.

1122. Cependant, l'évolution récente de la jurisprudence sur les GPA réalisées à l'étranger semble se départir du nécessaire maintien du lien entre la femme porteuse et l'enfant. Dans trois de ses arrêts du 5 juillet 2017, la Cour de cassation admet en effet que l'« épouse du père », soit la mère d'intention, puisse établir un lien de filiation par le biais de l'adoption, « si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »³⁸³². Selon la Cour, dans le cadre du contrôle de proportionnalité réalisé au regard de l'article 8 de la Convention européenne, la possibilité d'adopter permet ainsi, entre autres³⁸³³, de respecter le droit au respect de la vie privée et familiale des enfants. Est-ce à dire que le juge civil remet ici en cause la primauté accordée à la définition physiologique de la maternité ? Si la place accordée à la « maternité sociale » ou « d'intention » est ici incontestable par rapport à la jurisprudence antérieure, qui niait tout lien de filiation possible, l'apport de ces arrêts doit toutefois, sur ce point, être nuancé et ce pour plusieurs raisons.

³⁸²⁸ CATTO Marie-Xavière, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêt ? », *op. cit.*, p. 121 : « On peut ainsi lire que l'abandon par la mère produit une blessure “impossible à cicatrifier” que “les adoptions les plus réussies ne parviennent pas à effacer” même si certains enfants “paraissent aller bien”. Cela n'est pas très bienveillant, de dire aux enfants adoptés que s'ils sont bien dans leur vie c'est une illusion au prix d'un déni fondamental, mais la condamnation de la GPA vaut bien ça : qu'on rende malades les enfants adoptés ».

³⁸²⁹ *Ibid.*, p. 137 : « Les gestatrices seraient traumatisées, atteintes du “syndrome du sac vide” qui se traduit par le fait qu'une part de leur propre corps manquerait à jamais comme un membre amputé ».

³⁸³⁰ CCNE, avis n° 126 du 15 juin 2017 précité, p. 36 : « La naissance de l'enfant se fait dans un contexte de “rupture” du lien qui s'était établi. Cette rupture est souvent douloureusement ressentie par la gestatrice, même quand elle s'y croyait préparée, et peut être source de dépression. Certains parlent d'“abandon programmé” de l'enfant ».

³⁸³¹ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », *op. cit.*, p. 148.

³⁸³² Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2017, n° 15-28597, n° 16-16901 et n° 16-50025.

³⁸³³ Arrêts précités : « D'abord, l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger ; qu'ensuite, en considération de l'intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du Code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle ; qu'enfin, l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père ».

1123. Tout d'abord, la Cour de cassation reste évasive sur la forme que prendrait l'adoption par la mère d'intention, adoption simple ou adoption plénière. Or, si l'admission de l'adoption plénière aurait conduit à rompre définitivement le lien avec la gestatrice³⁸³⁴ – remettant en cause le principe selon lequel celle qui accouche est toujours la mère –, l'adoption simple, demandée en l'espèce par les requérants³⁸³⁵, conduirait quant à elle à maintenir ce lien en s'assurant que la gestatrice puisse conserver son statut de « mère ».

1124. Ensuite, et de manière moins hypothétique, la reconnaissance de la mère d'intention par le biais du titre VIII du Code civil n'aboutit nullement à revenir sur la définition première de la maternité, soit celle prévue par le titre VII, fondée sur la gestation. Le fait que la reconnaissance de la maternité sociale doive toujours passer par l'adoption conduit, au contraire, à renforcer la définition de la maternité physiologique : celle-ci demeure intouchable dans son principe. La maternité d'intention n'est considérée que comme une exception, une maternité de second rang, conditionnée notamment à un jugement qui doit prendre en compte l'intérêt de l'enfant. En refusant la transcription, le juge nie que la maternité d'intention puisse avoir, comme la maternité physiologique, un caractère automatique, factuel, que le droit ne fait que reconnaître. La primauté accordée à la maternité physiologique n'apparaît donc pas remise en cause.

1125. Enfin, même si l'évolution de 2017 conduit à une forme de reconnaissance de la maternité d'intention, il n'en reste pas moins que la GPA demeure prohibée en droit français³⁸³⁶, comme le réaffirme fermement la Cour de cassation. Cette dernière juge en effet qu'une telle prohibition respecte l'article 8 de la Convention européenne, en ce qu'elle poursuit un but légitime, tendant à « la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vis[ant] à décourager cette pratique »³⁸³⁷. Or, l'argumentaire choisi par le juge pour justifier la prohibition de la GPA est particulièrement intéressant : la Cour se départit du principe autrefois mobilisé d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes³⁸³⁸, pour retenir la protection de l'enfant et de la

³⁸³⁴ PICHARD Marc, « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes "désactivé" ? », *op. cit.*, p. 6 : « Il s'agit donc bien, ce faisant, de substituer à celle qui pourrait revendiquer le statut de mère au regard du droit français une autre personne, homme ou femme. Or cette substitution est précisément ce qui est prohibé par l'article 16-7 du Code civil, dont l'objet premier voire exclusif est de protéger la place de la gestatrice contre une maternité – voire une paternité – concurrente. Le recours au titre VIII du Code civil permettrait donc de réaliser exactement ce qui est censé être impossible en application de l'article 16-7 du Code civil ».

³⁸³⁵ *Ibid.*, p. 6.

³⁸³⁶ Article 16-7 du Code civil : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » ; article 227-12 du Code pénal : « Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ».

³⁸³⁷ Arrêts n° 15-28597, n° 16-16901 et n° 16-50025 précités.

³⁸³⁸ Sur l'éventuel changement de paradigme opéré par la Cour de cassation, voir PICHARD Marc, « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes "désactivé" ? », *op. cit.*, p. 6.

femme porteuse. Deux lectures d'un tel choix peuvent être retenues³⁸³⁹. En premier lieu, en visant à décourager la pratique de la GPA, la Cour de cassation rejoindrait ici l'argument « féministe » de protection des femmes porteuses, mobilisé au niveau institutionnel³⁸⁴⁰ et mentionné par la Cour européenne³⁸⁴¹. Les femmes porteuses étant en grande majorité des « femmes pauvres du Sud dont les capacités reproductives sont ainsi utilisées ou couples riches du Nord », l'interdiction de la GPA viserait à protéger les femmes contre la « domination économique et raciale »³⁸⁴², entraînant des « violences d'ordre économique, juridique, médical et psychique »³⁸⁴³. Une telle prohibition permettrait ainsi, dans une perspective d'égalité réelle, de lutter contre cette forme de « réassignation des femmes à ce qui a longtemps été présentée comme leur fonction naturelle première : enfanter »³⁸⁴⁴. Toutefois, la prohibition de la GPA comme protection des femmes peut aussi, en second lieu, être comprise comme servant le maintien du lien entre la gestatrice et son enfant pour éviter le traumatisme de l'abandon, en somme, pour assurer une « protection de la femme contre elle-même »³⁸⁴⁵. Cette lecture rejoint ainsi davantage l'argument « essentialiste » précédemment évoqué, fondé sur la représentation de la femme-mère par essence, qui suppose que la « vraie mère » est celle qui a mis au monde l'enfant. Une telle lecture privilégie donc la primauté accordée à la maternité physiologique sur la maternité sociale, par le maintien de la prohibition de la GPA.

1126. S'il n'apparaît pas possible de déterminer avec certitude ce que la Cour de cassation entend par « protection des femmes », un détail pourrait néanmoins laisser penser qu'elle privilégie la seconde lecture : le juge entend protéger la « mère porteuse » et non la « femme porteuse ». Le renvoi au terme de « mère » n'est pas anodin, puisqu'il sous-entend que la gestatrice *est* la mère de l'enfant. De plus, la protection de la mère porteuse est ici associée à la protection de l'enfant ; or, on l'a vu, l'argument essentialiste porte sur le traumatisme de l'abandon provoqué

³⁸³⁹ ROMAN Diane, « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 28, 2012/2, p. 192 : « Un argument de type socio-économique, qui relève la vulnérabilité sociale de certaines femmes, exposées à des violences économiques et qui pourraient de ce fait s'engager dans une telle relation contractuelle en raison de contraintes financières. Le second argument, moins fréquemment employé, est un argument de type biologisant ou essentialiste : il souligne la particularité de la période gestationnelle comme un moment impliquant nécessairement un échange psychologique et affectif, un investissement sentimental de la part de la femme dépassant et sublimant la seule relation physiologique utérine et conclut à la violence que constituerait une séparation à la naissance de la femme et de l'enfant ».

³⁸⁴⁰ Voir par exemple l'avis du CCNE n° 126 du 15 juin 2017, p. 34 et s.

³⁸⁴¹ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11, point 62 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11, point 54 : « Elle admet en conséquence que le gouvernement puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : la "protection de la santé" et "la protection des droits et libertés d'autrui" ».

³⁸⁴² HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », *op. cit.*, p. 149.

³⁸⁴³ CCNE, Avis n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP), p. 34.

³⁸⁴⁴ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », *op. cit.*, p. 149.

³⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 145.

par la GPA, à la fois pour la « mère » et l'enfant. Par ailleurs, dans une perspective de protection des femmes porteuses contre la domination économique, on peut se demander si le refus de la transcription de la filiation maternelle d'intention en droit français n'est pas contreproductif : en effet, une fois l'enfant né, comme c'est le cas en l'espèce, refuser la transcription conduit à maintenir le lien entre la gestatrice et l'enfant, et à lui imposer un statut de mère qu'elle ne souhaite précisément pas.

1127. La place, certes indéniable, accordée à la maternité d'intention par la Cour de cassation en 2017 n'est donc acceptable que parce qu'elle prend la forme de l'adoption, ce qui permet ainsi de sauvegarder la définition physiologique de la maternité prévue dans le cadre de la procréation charnelle. La maternité biologique semble par conséquent encore privilégiée et la progressive remise en cause de l'accouchement sous X ne fait que le conforter.

1128. **L'affaiblissement du mécanisme de l'accouchement sous X au soutien d'une maternité physiologique.** En tant que mécanisme permettant aux femmes de renoncer à la maternité une fois l'enfant né³⁸⁴⁶, l'accouchement sous X conduit à détacher le lien de filiation maternelle de la gestation et de l'accouchement. Bien qu'il ne soit pas appréhendé juridiquement comme un droit pour les femmes garantissant leur autonomie reproductive, mais plutôt comme un dispositif de santé publique³⁸⁴⁷, il véhicule tout de même une représentation des femmes « indépendantes de la fonction maternelle » et remet ainsi en cause « le mythe de l'amour maternel pour l'enfant » que sous-tend la définition physiologique de la maternité³⁸⁴⁸.

1129. Cette faculté pour les femmes d'accoucher dans le secret est cependant, depuis les années 2000, battue en brèche par des modifications juridiques allant « de façon constante dans le sens d'une restriction de la portée du droit des femmes »³⁸⁴⁹ et d'une montée en puissance de l'accès à la connaissance des origines, notamment pour l'enfant né sous X. Il n'est pas question de retracer ici l'évolution, dans les années 1990 et 2000, de la prise en compte institutionnelle des revendications tenant au droit de connaître ses origines qui ont pu émaner des enfants nés sous

³⁸⁴⁶ L'article 326 du Code civil prévoit qu'une femme enceinte peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé lors de l'accouchement ; l'article 58 du Code civil précise que les données personnelles de la femme ne sont dès lors pas inscrites dans l'acte de naissance de l'enfant.

³⁸⁴⁷ Voir Cons. constit., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC, cons. 6 : « En garantissant ainsi un droit à l'anonymat et la gratuité de la prise en charge lors de l'accouchement dans un établissement sanitaire, le législateur a entendu éviter le déroulement de grossesses et d'accouchements dans des conditions susceptibles de mettre en danger la santé tant de la mère que de l'enfant et prévenir les infanticides ou des abandons d'enfants ». Voir ROMAN Diane, « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », 2012, p. 750.

³⁸⁴⁸ ENSELLEM Cécile, *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, Presses universitaires de Rennes, 2004, p. 188 et 203.

³⁸⁴⁹ GRÜNDLER Tatiana, « Les droits des femmes contre les droits de l'enfant : vers la fin de l'accouchement sous X », *op. cit.*, p. 78.

X³⁸⁵⁰. Il s'agit plutôt de montrer comment les modifications juridiques, allant dans le sens de ces revendications et d'une « réconciliation du droit et de la vérité »³⁸⁵¹, ont pu conforter l'importance du lien entre la gestatrice et l'enfant, et de là, renforcer la définition physiologique de la maternité.

1130. En ce sens, sans remettre directement en cause le mécanisme de l'accouchement sous X, la loi du 22 janvier 2002 a tout de même prévu deux dispositifs permettant de lever le secret de l'accouchement. D'une part, la création du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) permet de faciliter l'accès aux origines en communiquant au demandeur, le cas échéant, des informations relatives à l'identité de ses géniteurs³⁸⁵². D'autre part, la réversibilité du secret de l'identité de la gestatrice est rendue possible, la femme étant « invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité »³⁸⁵³. Aussi, la loi de 2002 ne consacre-t-elle pas de « droit à connaître ses origines »³⁸⁵⁴, puisque la levée de l'anonymat résulte forcément de l'accord exprès de la femme. Des requérants ont du reste contesté, sur le terrain du droit européen des droits de l'homme et du droit constitutionnel, le maintien, par cette loi, de l'accouchement sous X, en se fondant sur le droit à la connaissance des origines³⁸⁵⁵. Mais la Cour européenne des droits de l'homme³⁸⁵⁶, comme le Conseil constitutionnel³⁸⁵⁷, ont jugé que la loi de 2002 aménageait un juste équilibre entre, d'une part, la faculté pour les femmes de préserver son identité au moment de l'accouchement et, d'autre part, l'accès de l'enfant à la connaissance de ses origines personnelles par des mesures appropriées.

1131. Il reste que, si le dispositif de la loi de 2002 ne remet pas en cause la possibilité pour les femmes de renoncer à leur maternité, puisqu'il n'aboutit nullement à la création d'un lien de filiation entre la gestatrice et l'enfant³⁸⁵⁸, cette affirmation doit pourtant être aujourd'hui nuancée. La loi de 2009 a, en effet, supprimé la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, qui, si elle aboutit, a pour effet d'établir un lien de filiation entre la femme qui a accouché sous X et le requérant. En pratique, l'établissement du lien de filiation avec la femme qui a accouché sous

³⁸⁵⁰ Voir sur cette question THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité, p. 248.

³⁸⁵¹ IACUB Marcela, « Naître sous X », *op. cit.*, p. 45.

³⁸⁵² Articles 147-1 à 147-11 du Code d'action sociale et des familles.

³⁸⁵³ Article 222-6 du Code de l'action sociale et des familles.

³⁸⁵⁴ MARGUET Laurie, MESNIL Marie, « Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français », *op. cit.*, point 42.

³⁸⁵⁵ CE, 16 mars 2012, n° 355087. Voir GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1432.

³⁸⁵⁶ CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, n° 42326/98 ; CEDH, 10 janvier 2008, *Kearns c/ France*, n° 35991/04.

³⁸⁵⁷ Cons. constit., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC.

³⁸⁵⁸ Article 147-7 du Code de l'action sociale et des familles : « L'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit ».

X reste difficile, «l'immense majorité des enfants nés sous X ayant été adoptés»³⁸⁵⁹, mais il demeure possible si le lien de filiation maternelle est vacant. L'accès aux origines n'est donc pas sans corrélation avec l'établissement du lien de filiation avec la «mère biologique», puisqu'il permet de faciliter une éventuelle action en recherche de maternité. C'est donc la combinaison entre le dispositif de 2002, favorisant l'accès à l'identité de la femme qui a accouché sous X, et la réforme de 2009, réintroduisant l'action en recherche de maternité, qui conduit à favoriser franchement la reconnaissance juridique du lien entre l'enfant et la femme qui l'a porté. De plus, en admettant la possibilité pour les géniteurs d'un enfant né sous X d'établir un lien de filiation par le biais de la reconnaissance, la juge a, dans l'arrêt *Benjamin* de 2006, encore affaibli le dispositif de l'accouchement sous X³⁸⁶⁰. Cette possibilité a d'ailleurs été renforcée par la loi du 26 juillet 2013, qui autorise le géniteur et la famille de la femme qui a accouché sous X (en particulier les «grands-parents» de l'enfant) à tenter un recours contre l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État³⁸⁶¹. S'il n'y a donc pas de remise en cause *directe* de l'accouchement sous X, la combinaison de ces réformes affaiblit de façon importante le mécanisme.

1132. Les tentatives de remise en cause de l'accouchement sous X n'ont cessé de progresser après 2002³⁸⁶², montrant l'importance accordée au lien maternel physiologique dans la construction de l'identité de l'enfant. La Cour européenne souligne elle-même l'importance, pour l'épanouissement d'un individu, de connaître les détails de son identité et «l'intérêt vital à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs»³⁸⁶³. La valorisation du lien, érigé en «vérité», entre l'enfant et ses géniteurs et notamment entre l'enfant et la femme qui l'a porté et mis au monde, ressort ainsi clairement du raisonnement de la Cour.

1133. Bien que la plupart des partisans de la levée de l'anonymat estiment que l'intérêt de l'enfant est de connaître son histoire et non d'établir un lien juridique avec ses géniteurs³⁸⁶⁴,

³⁸⁵⁹ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité, p. 274.

³⁸⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 7 avril 2006, n° 05-11285. Voir MARGUET Laurie, MESNIL Marie, «Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français», *op. cit.*, point 41.

³⁸⁶¹ Article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, introduit par la loi n° 2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État.

³⁸⁶² Voir BARÈGES Brigitte, Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, 12 novembre 2010 et la proposition de loi visant la levée de l'anonymat et à l'organisation de l'accouchement dans le secret, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 7 décembre 2011 : «L'article unique de la proposition de loi supprime l'anonymat tout en maintenant le secret. La mère décline son nom au moment de l'accouchement, mais peut toujours demander que son identité soit tenue secrète. Pendant la minorité de l'enfant, la communication de l'identité de la mère, et le cas échéant du père reste soumise à leur accord. À la majorité de l'enfant, la communication est de droit». Dans le même sens, voir THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité, p. 261 et s.

³⁸⁶³ Affaire *Odièvre c/ France* précitée, point 44.

³⁸⁶⁴ THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité, p. 252.

l'affaiblissement du mécanisme de l'accouchement sous X charrie tout de même avec lui les représentations liées à au caractère primordial du lien forgé entre la femme et l'enfant pendant la grossesse. Il conduit ainsi à valoriser le rôle de la gestatrice et à concevoir comme « indéfectible » le lien entre celle-ci et l'enfant³⁸⁶⁵. Cette valorisation de la maternité physiologique conduit de plus, en contrepartie, à déconsidérer le statut et rôle des parents adoptifs et notamment de la « mère sociale », « parce qu'ils ne seraient pas les vrais parents de l'enfant »³⁸⁶⁶. L'emploi terme « vérité » par la Cour européenne et de l'expression « mère de naissance » pour désigner la femme qui a accouché sous X dans les énoncés législatifs³⁸⁶⁷, comme dans les rapports prônant la levée de l'anonymat³⁸⁶⁸, renforce du reste le postulat selon lequel la « mère reste la mère »³⁸⁶⁹. D'ailleurs, le fait même que la loi autorise à laisser des données identifiantes montre que la « mère » existe toujours du point de vue juridique ; en effet, si le droit ne reconnaissait pas la femme comme la mère de l'enfant, « comment pourrait-elle faire valoir son droit de laisser à l'enfant des éléments non-identifiants, qui plus est comment pourrait-elle vouloir lever un secret ? »³⁸⁷⁰. L'information sur les origines rappelle ainsi à la femme qui a accouché « qu'elle devrait, en principe, être la mère »³⁸⁷¹. Pour certains opposants à l'accouchement sous X, ce dernier irait même à l'encontre de l'intérêt des femmes dans le sens où il reviendrait « à nier [leur] droit élémentaire d'être considérée[s] comme mère[s] »³⁸⁷². Un tel argumentaire repose clairement sur une représentation des femmes comme « dépendantes de la fonction maternelle »³⁸⁷³. Il apparaît, de ce point de vue, difficile d'admettre que les femmes puissent choisir de renoncer à la maternité.

1134. L'importance accordée au lien maternel physiologique est d'autant plus grande que « les minorations des garanties juridiques entourant la préservation de l'anonymat »³⁸⁷⁴ ne concernent que les femmes gestatrices ayant accouché sous X, et non les hommes géniteurs ayant donné leur sperme dans le cadre d'une AMP avec insémination avec tiers donneur (IAD). Le cadre juridique d'accès aux origines mis en place par la loi de 2002 est en effet inapplicable à ces derniers, le législateur et le juge ayant ainsi fermement maintenu depuis 1994³⁸⁷⁵ le principe de l'anonymat du

³⁸⁶⁵ ENSELLEM Cécile, *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, *op. cit.*, p. 250.

³⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 110.

³⁸⁶⁷ Voir les articles 147-2 à 147-6 du Code d'action sociale et des familles

³⁸⁶⁸ Voir BARÈGES Brigitte, Rapport précité, p. 21 ; THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité.

³⁸⁶⁹ ENSELLEM Cécile, *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, *op. cit.*, p. 236.

³⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 241.

³⁸⁷¹ IACUB Marcela, « Naître sous X », *op. cit.*, p. 50.

³⁸⁷² ENSELLEM Cécile, *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, *op. cit.*, p. 236.

³⁸⁷³ *Ibid.*, p. 236.

³⁸⁷⁴ GRÜNDLER Tatiana, « Les droits des femmes contre les droits de l'enfant : vers la fin de l'accouchement sous X », *op. cit.*, p. 90.

³⁸⁷⁵ Article 16-8 du Code civil et articles L. 1211-5, L. 1273-3, L. 1244-6 et R. 1244-5 du Code de la santé publique.

donneur de gamètes³⁸⁷⁶, dont la méconnaissance est constitutive de sanctions pénales³⁸⁷⁷. Sur le plan formel, une telle inégalité n'est certes pas fondée sur le sexe : le principe de l'anonymat du don concerne autant les donneurs de sperme que les donneuses d'ovocytes, tandis que l'accès aux origines personnelles peut concerner la femme qui a accouché sous X comme le géniteur de l'enfant. Mais de manière indirecte, l'inégalité est bien sexuée. D'une part, les inflexions à l'anonymat ne concernent précisément que les gestatrices qui accouchent sous X, qui ne sont par définition que des femmes. D'autre part, si l'accès aux origines personnelles peut aussi concerner les géniteurs dans le cadre de l'accouchement sous X, c'est à la condition que la femme ayant accouché sous X les ait informés de la grossesse ou qu'elle ait laissé des informations à son sujet au moment de la naissance. Dans les faits, il y a donc bien une inégalité – parfois considérée comme discriminatoire du point de vue doctrinal³⁸⁷⁸ – entre le géniteur dans le cadre d'une IAD et la gestatrice dans le cadre de l'accouchement sous X. Une telle inégalité amplifie, dès lors, l'importance accordée au lien physiologique spécifique entre la gestatrice et l'enfant, dont la connaissance de l'identité par ce dernier apparaît beaucoup plus fondamentale que celle de son géniteur ou même de sa génitrice.

1135. Par conséquent, alors que lien de filiation maternelle est censé n'avoir jamais existé en cas d'accouchement sous X, certains mécanismes juridiques permettent pour l'enfant né sous X d'avoir connaissance de la « vérité » biologique, voire de rétablir le lien de filiation avec sa gestatrice. La définition de la maternité physiologique se voit ainsi confortée, et avec elles les représentations liées à la maternité comme « identité féminine » à l'origine de la persistance des rôles de genre inégalitaires. Les conséquences en termes d'égalité sont d'autant plus importantes qu'une telle définition va au-delà du droit de la filiation et semble également s'imposer dans les dispositifs de protection sociale spécifiques à la maternité.

³⁸⁷⁶ ROY Odile, « Procréation médicalement assistée et révision des lois bioéthiques françaises. La montagne a accouché d'une souris », *op. cit.*, p. 165. Voir sur le refus de lever le principe de l'anonymat du donneur de gamètes : TA Montreuil, 14 juin 2012, n° 1009924 2115 (HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », *AJDA*, 2012, p. 2115) et CE, 12 novembre 2015, n° 372121.

³⁸⁷⁷ GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1436 : « La règle de l'anonymat des dons de gamètes est d'ailleurs sanctionnée par de lourdes pénalités (article L. 511-10 du Code pénal) et ne supporte de tempérament que pour des raisons thérapeutiques et par l'intermédiaire d'un médecin tenu au secret (article 16-8 du Code civil et article L. 1211-5 du Code de la santé publique) ».

³⁸⁷⁸ La différence de traitement est alors conçue comme une discrimination entre les enfants nés sous X et les enfants nés d'une AMP, et non pas comme une discrimination fondée sur le sexe. THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport précité, p. 225.

B. Le congé de maternité limité à la maternité physiologique : un instrument égalitaire ?

1136. Les règles de protection sociale relatives à la maternité³⁸⁷⁹, et en particulier celles qui concernent le congé de maternité, « période d'interruption d'activité spécifiquement liée à la maternité »³⁸⁸⁰, constituent des dispositifs différentialistes qui bénéficient uniquement aux mères et non aux pères, en raison de leurs différences physiologiques dans le cadre de la procréation. Une telle différence de traitement a été exclue d'une appréhension en termes d'égalité, car construite en référence à l'assignation des femmes au rôle reproducteur. Elle a toutefois peu à peu été considérée comme une application même du principe d'égalité dans un sens substantiel. Ce dispositif ne s'applique toutefois qu'à la maternité biologique et non à la maternité sociale. L'exclusion de la maternité sociale du bénéfice du congé de maternité risque, dès lors, de reproduire les représentations de genre relatives à la maternité en confortant une définition biologique de celle-ci. Si une telle différence de traitement est donc aujourd'hui justifiée du point de vue de l'égalité substantielle (1), elle apparaît encore problématique du point de vue de l'égalité réelle, lorsqu'elle est limitée à une compréhension restreinte de la maternité excluant la maternité sociale (2).

1) La protection ambivalente de la maternité au regard du principe d'égalité

1137. Le « dilemme de la différence »³⁸⁸¹ apparaît particulièrement inextricable s'agissant des dispositifs sociaux protégeant la maternité, au premier rang desquels figure le congé de maternité. En tant que dispositifs différentialistes ne bénéficiant qu'aux femmes, ils permettent à la fois de compenser les désavantages liés à la grossesse ou à l'accouchement sur le marché du travail, mais ils tendent aussi, en parallèle, à conforter une représentation de la maternité comme identité féminine à l'origine de la répartition inégale des rôles de genre, ce qui explique par exemple qu'ils ne soient pas admis en droit étatsunien³⁸⁸².

³⁸⁷⁹ Le Code du travail prévoit nombre de dispositifs protecteurs des travailleuses enceintes et accouchées : articles L. 1225-1 et s. : interdiction de refus d'embauche ou licenciement pour état de grossesse ; changement d'affectation si nécessité médicale (L. 1225-7), travail de nuit (L. 1225-9), exposition à des risques particuliers (L. 1225-12) ; article L. 1225-16 : autorisation d'absence pour des examens médicaux ; article L. 1225-17 : congé de maternité ; article 1225-29 : interdiction d'employer la salariée pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement ; articles 1225-30 et s. : dispositions pour l'allaitement ; article L. 1225-34 : la salariée peut rompre son contrat de travail sans préavis ; article L. 4152-1 : interdiction d'employer des femmes enceintes, accouchées ou allaitantes à des travaux dangereux, qui présentent un risque pour leur santé ou leur sécurité. Articles L. 331-3 et s. du Code de la sécurité sociale : prévoient des indemnités durant le congé de maternité. S'agissant de la fonction publique, la protection figure à l'article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État. Un arrêt du Conseil d'État du 8 juin 1973 (n° 80232) fixe en outre un principe général du droit interdisant de licencier une agente du service public en état de grossesse.

³⁸⁸⁰ ODUL-AZOREY Isabel, « Congé maternité, droit des femmes ? », *La Revue des droits de l'homme*, 3/2013, point 1.

³⁸⁸¹ MINOW Martha, *Making All the Difference. Inclusion, exclusion, and american law*, Cornell University Press, Ithaca, 1990.

³⁸⁸² SUK Julie, « Feminist constitutionalism and the entrenchment of motherhood », *Studies in Law, Politics and Society, Special Issue : Law and the Imagining of Difference*, Vol. 76, 2018, p. 108 : « Treating women the same as men can freeze existing disparities resulting from the

1138. **Un dispositif protecteur dérogeant à l'égalité.** En France, les premières lois mettant en place un congé de maternité ont été adoptées, au début du XX^e siècle, davantage pour protéger la fonction sociale de la maternité que dans une perspective de droits des femmes. En ce sens, si la loi *Egerand* de 1909 ne prévoit pour les « femmes en couches » qu'une possibilité d'arrêter de travailler pendant huit semaines³⁸⁸³, la loi Strauss de 1913 instaure quant à elle une période de repos obligatoire assortie d'une indemnisation³⁸⁸⁴, financée par l'État³⁸⁸⁵. Mais ce « droit au repos »³⁸⁸⁶ est garanti aux femmes avant tout dans une perspective nataliste, « pour préserver leurs capacités reproductrices et pour limiter la mortalité infantile »³⁸⁸⁷. La logique de protection sur laquelle est fondée la reconnaissance du congé de maternité, relayée par le droit international³⁸⁸⁸ et européen³⁸⁸⁹, repose ainsi sur une représentation essentialiste de l'identité féminine³⁸⁹⁰ : c'est au titre de leur fonction reproductrice et de l'intérêt de l'enfant à naître, et non parce que la gestation les désavantage sur le plan professionnel, que les femmes sont alors protégées³⁸⁹¹. Cette protection de la fonction maternelle des femmes ressort clairement de l'arrêt *Hofman* de 1984 rendu par la CJCE, qui entend assurer la « protection de la condition biologique de la femme », mais également « la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement »³⁸⁹². De ce point de

burdens of motherhood. But providing women with special treatment can perpetuate the cultural expectation that women continue to bear these burdens and that expectation can limit women's freedom to transcend the constraints of motherhood. Both same treatment and special treatment come with complex dangers and problems ». Cf. partie II, titre I, chapitre II.

³⁸⁸³ Loi du 27 novembre 1909 garantissant leur travail ou leur emploi aux femmes en couches, *JORF* du 28 novembre 1909, p. 11386 : « La suspension du contrat par la femme, pendant la période qui précède et suit l'accouchement, ne peut être une cause de rupture, par l'employeur, du contrat de louage de services, et ce à peine de dommages et intérêts ».

³⁸⁸⁴ Loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches, *JORF* du 18 juin 1913, p. 5254 : « Dans tout établissement industriel et commercial ou dans ses dépendances, de quelque nature qu'il soit public ou privé, même s'il a caractère professionnel ou de bienfaisance, il est interdit d'employer des femmes accouchées dans les quatre semaines qui suivent leur délivrance ».

³⁸⁸⁵ Article 66 à 75 de la loi de finances du 30 juillet 1913, *JORF* du 31 juillet 1913, p. 6779.

³⁸⁸⁶ ODUL-AZOREY Isabel, « Congé maternité, droit des femmes ? », *op. cit.*, points 9 et 11.

³⁸⁸⁷ LETABLIER Marie-Thérèse, LANQUETIN Marie-Thérèse, *Concilier travail et famille en France. Approches socio-juridiques*, Centre d'étude de l'emploi, Paris, La Documentation française, 2005, p. 28.

³⁸⁸⁸ Convention n° 3 de l'OIT concernant l'emploi des femmes avant et après l'accouchement, entrée en vigueur le 13 juin 1921.

³⁸⁸⁹ Directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail et directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail. Ces directives visent davantage la protection de la santé et de la sécurité des travailleuses que leur maintien sur le marché du travail. Voir également l'article 8 de la Charte sociale européenne révisée.

³⁸⁹⁰ CAMAJI Laure, ODOUL-ASOUREY Isabel, PORTA Jérôme, « "Travailleuse, travailleur" : une lecture du Code du travail au prisme du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, *op. cit.*, p. 192 : « L'emploi du terme "mère" est sans doute ici utilisé à dessein par le législateur : il a certainement vocation à fonder la légitimité des droits accordés aux femmes en cas de grossesse, d'accouchement et d'allaitement, sur le lien biologique "particulier" qui l'unirait à l'enfant ».

³⁸⁹¹ ODUL-AZOREY Isabel, « Congé maternité, droit des femmes ? », *op. cit.*, point 10.

³⁸⁹² CJCE, 12 juillet 1984, *Ulrich Hofmann contre Barmer Ersatzkasse*, C-184/83 : « Il s'agit d'assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci, jusqu'à un moment où ses fonctions physiologiques et psychiques sont normalisées à la suite de l'accouchement, et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle ». Voir également, plus récemment, CJCE, 20 septembre 2007, *Sari Kiiski c/ Tampereen kaupunki*, C-116/06, affaire dans laquelle la Cour estime que le refus de l'employeur de modifier la période de congé parental afin de tenir compte de l'état de grossesse de la requérante constitue une violation des droits inhérents au congé de maternité prévus par la directive 92/85.

vue, le fait que les femmes portent et accouchent des enfants conduirait à établir un lien spécifique entre eux, biologique mais aussi social, qui légitimerait le dispositif différencialiste qu'est le congé de maternité. La Cour de justice a ainsi refusé de permettre à un père travaillant comme salarié de bénéficier du congé de maternité, alors que sa femme ne pouvait en bénéficier, car elle ne disposait pas d'un statut de travailleuse salariée affiliée à la sécurité sociale³⁸⁹³. Pour la Cour, l'exclusion des hommes du congé de maternité est légitime, puisque la mesure est « destinée à protéger la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci »³⁸⁹⁴. Tout au plus la mère, si elle avait été elle-même salariée, aurait pu partager une partie du congé de maternité avec le père³⁸⁹⁵. L'avocat général avait pourtant montré que l'exclusion du père du bénéfice du congé contraindrait la mère à limiter son activité professionnelle et à supporter seule la charge résultant de la naissance de l'enfant, sans pouvoir recevoir une aide du père de l'enfant, ce qui constituait dès lors une entrave à l'égalité substantielle par le refus de prise en compte des inégalités de fait³⁸⁹⁶. La Cour ne procède cependant pas à une analyse de la solution retenue au regard de la reconduction des rôles de genre traditionnel, insistant sur le caractère protecteur du congé de maternité.

1139. Encore récemment, la Cour européenne des droits de l'homme s'est ralliée à une telle conception des mesures visant la protection spécifique des femmes enceintes et accouchées, dans l'affaire *Alexandru Enache contre Roumanie* de 2017³⁸⁹⁷. En l'espèce, un détenu homme réclamait, sur les fondements des articles 8 et 14 de la Convention, à bénéficier d'un report de l'exécution de la peine que le droit roumain prévoyait pour les femmes ayant un enfant de moins d'un an. La Cour estime toutefois que le principe de non-discrimination ne trouve pas ici à s'appliquer, car « il est légitime pour le gouvernement de tenir compte de situations personnelles spécifiques, dont la grossesse de la femme détenue et la période précédant le premier anniversaire du nouveau-né, ayant notamment regard aux liens particuliers qui existent entre la mère et l'enfant pendant cette période »³⁸⁹⁸. En affirmant que « l'intérêt supérieur de l'enfant »³⁸⁹⁹ implique la protection spécifique des mères détenues, afin que ces dernières puissent prendre en charge leur nouveau-né, et non la protection similaire des pères, conduit à renforcer grandement la définition de la « femme-mère » par essence et l'attribution traditionnelle des rôles de genre. Cette décision peut

³⁸⁹³ CJUE, 19 septembre 2013, *Marc Betriu Montull c/ Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, C-5/12.

³⁸⁹⁴ Affaire *Betriu Montull* précitée, point 63.

³⁸⁹⁵ *Ibid.*, point 76.

³⁸⁹⁶ Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet, présentées le 11 avril 2013, point 66.

³⁸⁹⁷ CEDH, 3 octobre 2017, *Alexandru Enache c/ Roumanie*, 3 octobre 2017, n° 16986/12.

³⁸⁹⁸ Affaire *Alexandru Enache* précitée, point 76. D'autres arguments sont retenus par la Cour européenne : la nature pénale de la mesure, qui confère une large marge d'appréciation aux États pour en définir les modalités (point 67), le fait que l'octroi du report de peine ne soit pas non plus automatique pour les femmes (point 73), et l'aménagement par le droit roumain, pour les détenus hommes et femmes, d'autres moyens d'obtenir un report de peine (point 74).

³⁸⁹⁹ Affaire *Alexandru Enache* précitée, point 71.

surprendre, dans la mesure où la Cour admet que pères et mères se trouvent dans des situations analogues s'agissant de la prise en charge des jeunes enfants même avant leur premier anniversaire³⁹⁰⁰. Ce constat avait même conduit la Cour à sanctionner le refus opposé à un père militaire de prendre un congé parental, en raison des stéréotypes de genre véhiculés par ce rejet³⁹⁰¹. Mais alors que, pour la Cour, la même idée se retrouve en l'espèce³⁹⁰², elle refuse d'en tirer les conséquences et privilégie une conception genrée des rôles parentaux : la différence physiologique entre père et mère justifie que les femmes détenues soient davantage protégées que les hommes dans la préservation de leur rôle social de mère. Le caractère spécifique de la protection des femmes enceintes et des mères a, de la même manière, justifié la différence de traitement entre hommes et femmes concernant la réclusion en perpétuité en Russie³⁹⁰³ : le fait que les mères et non les pères puissent être exclues de la réclusion à perpétuité ne repose, pour la Cour, sur aucun stéréotype discriminatoire, mais poursuit un but légitime de protection des femmes, particulièrement vulnérables pendant et après leur grossesse.

1140. Il ressort en outre du Code du travail que le congé de maternité ne vise pas uniquement à protéger la condition biologique de la maternité, mais également la fonction sociale qu'elle revêt : l'article L. 1225-28 prévoit en effet que si la mère décède pendant la période du congé de maternité (postnatal), le père peut alors bénéficier du reste du congé. Cette disposition montre dès lors que l'assignation des femmes à la fonction maternelle est une construction sociale, reposant sur des représentations genrées, puisque les hommes peuvent remplir cette fonction, et sont alors protégés par le congé de maternité, dans le cas où la mère viendrait à disparaître. Celle-ci reste cependant par principe chargée de la fonction de prise en charge de l'enfant après la naissance.

1141. La spécificité des mesures de protection de la grossesse et de la maternité apparaît d'autant plus évidente qu'elle est majoritairement appréhendée comme une *dérogation* au principe d'égalité, renforçant l'idée de la maternité comme différence biologique, naturelle, une donnée objective que le droit ne ferait que prendre en considération. Ainsi, les dispositifs antidiscriminatoires prévus par la CEDEF³⁹⁰⁴, la directive européenne de 1976³⁹⁰⁵, ou encore, en

³⁹⁰⁰ *Ibid.*, points 64 à 69.

³⁹⁰¹ CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c/ Russie*, n° 30078/06.

³⁹⁰² Affaire *Alexandru Enache* précitée, point 68 : « Toutefois, s'agissant de la question de savoir si, pendant la première année de l'enfant, un père détenu se trouve dans une situation analogue à celle d'une mère détenue, la Cour estime que les conclusions qu'elle a énoncées dans les affaires *Petrovic* et *Konstantin Markin* (précitées) sont applicables en l'espèce ».

³⁹⁰³ CEDH, 24 janvier 2017, *Khamtokhu et Aksenchik c/ Russie*, n° 60367/08 et n° 961/11, point 82.

³⁹⁰⁴ Article 4-2 de la CEDEF du 18 décembre 1979 : « L'adoption par les États parties de mesures spéciales, y compris de mesures prévues dans la présente Convention, qui visent à protéger la maternité n'est pas considérée comme un acte discriminatoire ».

³⁹⁰⁵ Article 2-3 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 : « La présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ».

droit interne, par le Code du travail³⁹⁰⁶, la loi du 27 mai 2008³⁹⁰⁷ ou d'autres codes³⁹⁰⁸, définissent tous les mesures protectrices de la grossesse ou de la maternité, au sein de dispositions spécifiques, comme des différences de traitement dérogatoires mais légitimes. De surcroît, ces énoncés juridiques distinguent, au sein des dérogations à l'égalité formelle, les mesures de protection de la maternité des mesures de rattrapage visant, en luttant contre les inégalités de fait, à réaliser l'égalité substantielle. Les mesures de protection de la maternité ne visent pas, en ce sens, à *compenser* une inégalité³⁹⁰⁹, mais à prendre en compte une différence appréhendée comme « objective »³⁹¹⁰ car naturelle. Les mesures fondées sur la spécificité biologique de la maternité sont dès lors considérées par avance comme *nécessairement justifiées*, peu importe qu'elles conduisent à renforcer ou non les représentations de genre inégalitaires. Pourtant, une autre conception est possible : par exemple, aux États-Unis, les mesures protectrices de la maternité sont considérées comme contraires au principe d'égalité, précisément parce qu'elles reconduisent le rôle traditionnel des femmes comme assignées à la fonction reproductrice³⁹¹¹. Les mesures spécifiques relatives à la maternité entretiennent toutefois, en droit français et européen, un rapport ambivalent avec le principe d'égalité.

1142. **Un mécanisme de l'égalité substantielle.** Certains instruments juridiques définissent désormais le congé de maternité comme un instrument tendant à l'égalité substantielle³⁹¹², dans

³⁹⁰⁶ Article L. 1142-3 du Code du travail : « Est nulle toute clause d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail qui réserve le bénéfice d'une mesure quelconque, à un ou des salariés, en considération du sexe. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque cette clause a pour objet l'application des dispositions relatives : 1° à la protection de la grossesse et de la maternité, prévues aux articles L. 1225-1 à L. 1225-28 ; 2° à l'interdiction d'emploi prénatal et postnatal, prévues à l'article L. 1225-29 ; 3° à l'allaitement, prévues aux articles L. 1225-30 à L. 1225-33 ; 4° à la démission de la salariée en état de grossesse médicalement constaté, prévues à l'article L. 1225-34 ».

³⁹⁰⁷ Article 2-4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : « Toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité. Ce principe ne fait pas obstacle aux mesures prises en faveur des femmes en raison de la grossesse ou la maternité, y compris du congé de maternité, ou de la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes ».

³⁹⁰⁸ Article L. 110-3 du Code de la mutualité ; article L. 913-1 du Code de la sécurité sociale.

³⁹⁰⁹ THARAUD Delphine, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.*, p. 139 : « Beaucoup d'auteurs considèrent ainsi que "sont des discriminations positives et légitimes, celles qui sont fondées sur la fonction génitrice de la femme : règles protectrices de la femme enceinte ou de la maternité". Il faut cependant se ranger à l'opinion inverse selon laquelle les discriminations positives ne cherchent pas à compenser un "désavantage naturel" tel que la maternité. Le droit communautaire vient clairement donner vie à cette position, car il distingue nettement la protection de la maternité et les autres hypothèses de règles protectrices des femmes nécessitées par les obstacles de fait qu'elles rencontrent ».

³⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 144-146.

³⁹¹¹ SUK Julie, « Feminist constitutionalism and the entrenchment of motherhood », *op. cit.*, p. 112. Voir pour une application récente : Cour suprême des États-Unis, *UPS v. Young*, 135 S.Ct. 1335 (2015).

³⁹¹² Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), point 24 ; loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, exposé des motifs : « L'article 1^{er} vise à compenser l'effet de la maternité sur la rémunération. Lorsque l'on analyse les trajectoires professionnelles des hommes et des femmes, le congé de maternité se traduit par un point de rupture dans le déroulement de la carrière des femmes en termes d'évolution professionnelle, notamment en ce qui concerne les conditions de travail, la promotion, l'accès à la formation et les augmentations salariales ».

une optique de conciliation entre vie familiale et vie professionnelle³⁹¹³. La logique poursuivie est, dès lors, moins celle de la protection de la maternité comme fait biologique et fonction sociale, que celle de la compensation des inégalités subies sur le marché du travail par les femmes qui ont un ou plusieurs enfants³⁹¹⁴. Afin de « neutraliser » les effets de la maternité sur la carrière des femmes dans le but de concrétiser l'égalité, deux types de dispositifs ont ainsi été mis en place par le législateur (européen et français) et par les juges : à la fois des mesures « en négatif, par l'interdiction de discriminations fondées sur le congé maternité », mais aussi « en positif, par des mesures de compensation ou de rattrapage »³⁹¹⁵. Outre l'interdiction des discriminations en raison de la grossesse ou de la maternité, étudiée précédemment³⁹¹⁶, certaines mesures ont été adoptées, à la fois au niveau européen et français, dans le but de compenser les désavantages subis, en termes de carrière professionnelle, par les femmes au moment de la maternité. Trois d'entre elles sont significatives. Tout d'abord, le droit de l'Union européenne³⁹¹⁷, comme le droit français – par le biais de la jurisprudence³⁹¹⁸, puis de la loi³⁹¹⁹ – affirment le droit pour la travailleuse qui a bénéficié d'un congé de maternité d'être réintégrée dans les mêmes conditions de travail, même en cas de licenciement, dès lors que le licenciement d'une salariée enceinte est nul (hormis en cas de faute grave ou de l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à l'arrivée de l'enfant)³⁹²⁰. Ensuite, le juge et le législateur ont veillé à ce que la prise du congé de maternité ne conduise pas l'employeur à refuser les congés payés auquel a normalement droit la travailleuse³⁹²¹. Enfin, et dans une moindre mesure, le législateur s'est assuré que le congé de maternité n'ait pas de répercussion trop importante sur la rémunération : ainsi, la loi du 20 mars 2006 relative à l'égalité salariale a instauré une majoration de la rémunération perçue par les travailleuses à la suite de leur congé³⁹²². Le législateur n'a, toutefois, pas été jusqu'à admettre le maintien du salaire pendant la durée du congé, en dépit des propositions faites en ce sens tant au niveau de l'Union

³⁹¹³ Article 33-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 : « Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant ».

³⁹¹⁴ ODUL-AZOREY Isabel, « Congé maternité, droit des femmes ? », *op. cit.*, points 37-38 ; LETABLIER Marie-Thérèse, LANQUETIN Marie-Thérèse, *Concilier travail et famille en France. Approches socio-juridiques*, *op. cit.*, p. 29.

³⁹¹⁵ ODUL-AZOREY Isabel, « Congé maternité, droit des femmes ? », *op. cit.*, point 40.

³⁹¹⁶ Cf. partie II, titre I, chapitre I.

³⁹¹⁷ Article 15 de la directive 2006/54/CE.

³⁹¹⁸ Cass. soc., 30 avril 2003, n° 00-44811.

³⁹¹⁹ Article L. 1225-25 du Code du travail.

³⁹²⁰ Article L. 1225-4 du Code du travail.

³⁹²¹ Cass. soc., 2 juin 2004, n° 02-42405 : « Les congés annuels doivent être pris au cours d'une période distincte du congé de maternité » ; article 17 de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes : « L'article L. 223-1 du Code du travail (aujourd'hui l'article L. 3141-1) est complété par un alinéa ainsi rédigé : "Les salariés de retour d'un congé de maternité ou d'adoption visé à l'article L. 122-26 ont droit à leur congé payé annuel, quelle que soit la période de congé payé retenue, par accord collectif ou par l'employeur, pour le personnel de l'entreprise" ».

³⁹²² Article 1^{er} de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006.

européenne³⁹²³ qu'au niveau interne³⁹²⁴. La question de la rémunération du congé de maternité pose néanmoins problème du point de vue de l'égalité réelle, dans le sens où la rémunération de la fonction maternelle pourrait renforcer l'idée d'une fonction naturelle devant être assumée par les femmes³⁹²⁵. En dépit des limites relatives à la rémunération du congé de maternité, les réformes entreprises par les législateurs français et européen appréhendent les mesures spécifiques relatives à la maternité, dans leur volet « compensateur », comme des leviers nécessaires à l'égalité substantielle.

1143. Les dispositifs sociaux différencialistes relatifs à la maternité se situent donc dans un rapport ambivalent à l'égalité : dans une logique de *protection* de la fonction biologique et sociale de la maternité, conçue hors de l'égalité, ils reconduisent l'attribution des rôles de genre tout en permettant aux mères d'être effectivement protégées. Dans une logique de *compensation* des désavantages rencontrés par les mères sur le marché du travail, ils constituent des instruments de lutte contre les inégalités de fait visant l'égalité substantielle. L'ambivalence est d'autant plus forte que le congé de maternité est largement appréhendé comme bénéficiant à la maternité « physiologique » et non à la maternité uniquement « sociale » ou « d'intention ». Une telle restriction conduit à renforcer une définition biologique de la maternité qui tend à constituer, indirectement, une entrave à l'égalité réelle.

- 2) Une protection de la maternité physiologique plus importante que celle de la maternité sociale ?

1144. À l'instar du droit de la filiation qui retient une définition physiologique de la maternité, le droit de la protection sociale restreint le bénéfice du congé de maternité à la mère biologique, en

³⁹²³ Au niveau de l'Union européenne, lors des discussions autour de la proposition de réforme de la directive de 1992 relative au congé de maternité (lancée en 2008 par la Commission, abandonnée en 2015, puis relancée en 2017) la question de la garantie d'un salaire complet versée à la travailleuse pendant le congé de maternité a été sujette à controverse, conduisant à l'abandon du projet de réforme. Le Parlement européen était favorable à un congé de maternité d'au moins vingt semaines continues, réparties avant ou après l'accouchement, et entièrement rémunéré (résolution législative du Parlement européen du 20 octobre 2010, COM(2008)0637 – C6-0340/2008 – 2008/0193(COD)). Le Conseil a quant à lui rejeté une telle proposition, les États membres ayant considéré qu'elle ne constituait pas « une base de négociation appropriée. Ils se sont déclarés préoccupés par les implications financières et ont souligné qu'une directive devrait instaurer des normes minimales tout en respectant le principe de subsidiarité et la diversité des situations que connaissent les différents États membres » (communiqué de presse, 3053^e session du Conseil, Emploi, politique sociale, santé et consommateurs, Bruxelles, les 6 et 7 décembre 2010 (17323/1/10 REV 1)).

³⁹²⁴ Voir notamment la proposition de loi de Danièle Bousquet relative à la modernisation du congé maternité en faveur de la protection de la santé des femmes et de l'égalité salariale et sur les conditions d'exercice de la parentalité, n° 1648, déposée à l'Assemblée nationale le 17 février 2009 et la proposition de loi de Claire-Lise Champion relative à la modernisation du congé maternité en faveur de la protection de la santé des femmes et de l'égalité salariale et sur les conditions d'exercice de la parentalité, n° 492, déposée au Sénat le 21 mai 2010. Les réformes envisagées, dont une indemnité compensatrice équivalent au salaire, partent du constat que « la maternité reste un obstacle à une *réelle* égalité professionnelle » (nous soulignons).

³⁹²⁵ Voir sur ce point le débat qui a eu lieu aux États-Unis : alors que le Président Trump a proposé d'introduire un congé de maternité rémunéré, l'ACLU (American Civil Liberties Union) a fait valoir l'inconstitutionnalité de cette réforme potentielle, en ce qu'elle ne s'appliquait pas aux hommes ou aux pères (SUK Julie, « Feminist constitutionalism and the entrenchment of motherhood », *op. cit.*, p. 113).

droit de l'Union européenne comme en droit français. Ce sont les différences physiologiques entre hommes et femmes du point de vue de la procréation qui expliquent, du reste, que le droit exclut les hommes du bénéfice du congé de maternité : celui-ci vise la protection uniquement des femmes au titre de la grossesse et de l'accouchement³⁹²⁶. L'exclusion de la maternité sociale du bénéficiaire du congé de maternité apparaît toutefois problématique au regard de l'égalité réelle.

1145. **L'exclusion la maternité sociale en droit de l'Union européenne.** Le contentieux de la GPA a également été l'occasion pour la Cour de justice d'exclure les « mères d'intention » du bénéfice du congé de maternité, celles-ci n'étant précisément pas concernées par la grossesse et l'accouchement. Dans deux affaires de 2014, la Cour de justice a eu à se prononcer, par la voie du recours préjudiciel, sur l'applicabilité de la directive 92/85 relative à la protection des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes aux mères commanditaires d'une GPA³⁹²⁷. Les deux États en cause, l'Irlande et le Royaume-Uni autorisent ou tout du moins ne prohibent pas la GPA, ce qui pose inévitablement la question de l'application des dispositifs protecteurs de la maternité à la mère d'intention d'un enfant issu d'une GPA³⁹²⁸. Répondant par la négative, le juge de l'Union européenne a estimé que les mères commanditaires n'étaient pas protégées au titre du congé de maternité ou de l'interdiction du licenciement des travailleuses enceintes ou accouchées, dans la mesure où la directive ne protégeait la maternité que dans sa dimension « corporelle » et non « sociale ». La solution retenue par la Cour participe alors « de l'élaboration d'une conception singulièrement corporalisée, et en fait, "naturalisée", de la catégorie juridique "maternité" »³⁹²⁹. Pour ce faire, elle s'appuie, d'une part, sur la situation spécifique de la femme enceinte ou accouchée, qui se trouve, d'après la directive 92/85, dans une situation de « vulnérabilité » justifiant une protection³⁹³⁰. Elle rappelle, d'autre part, que le congé de maternité vise à la fois « la

³⁹²⁶ CJUE, 19 septembre 2013, *Betriu Montull*, C-5/12. Voir HAQUET Arnaud, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 305 : « Notons que cette protection ne peut concerner que la femme, même si un homme peut éventuellement se trouver dans une situation analogue à celle d'une mère. La Cour de justice considère, par exemple, qu'un père, qui a adopté un enfant, ne peut pas revendiquer les droits que possède une femme au titre de sa maternité ».

³⁹²⁷ CJUE, 14 mars 2014, *CD c/ ST*, C-167/12 et CJUE, 14 mars 2014, *Z. c/ A Government Department*, C-363/12.

³⁹²⁸ ROBIN-OLIVIER Sophie, « Chronique Politique sociale de l'Union européenne - Congé parental, congé de maternité, congé d'adoption : le droit social européen de la famille est en construction », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 530 : « Dans l'affaire Z., les conditions d'emploi d'une salariée, en Irlande, pays qui ne réglemente pas le recours aux mères porteuses, prévoyaient un droit à un congé de maternité et à un congé d'adoption payés mais, la salariée, mère commanditaire ayant fait appel à une mère porteuse, n'avait pu bénéficier ni de l'un, ni de l'autre : n'ayant pas été enceinte et ne pouvant donner naissance à un enfant, pour des raisons pathologiques, elle n'avait pu satisfaire aux conditions requises pour bénéficier du congé de maternité et, dans la mesure où elle n'avait pas non plus adopté l'enfant issu de la gestation pour autrui, cette salariée n'était pas en mesure de bénéficier du congé d'adoption. Dans l'affaire D., une salariée ayant eu recours, au Royaume-Uni, à une convention de mère porteuse, dans les conditions prévues par la loi nationale réglementant ces conventions, s'était vue refuser le bénéfice du congé payé d'adoption octroyé par son employeur ».

³⁹²⁹ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés du 8 mai 2014, point 5.

³⁹³⁰ CJUE, 14 mars 2014, *CD c/ ST*, C-167/12, point 33 : « Comme le législateur de l'Union l'a reconnu au quatorzième considérant de la directive 92/85, la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante se trouve dans une situation spécifique de

condition biologique de la femme au cours de sa grossesse » ainsi que « la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période postérieure à la grossesse et à l'accouchement »³⁹³¹. La protection ainsi réservée à la maternité physiologique au détriment de la maternité sociale est d'autant plus inégale que le droit de l'Union européenne n'oblige pas les États membres à mettre en place le congé d'adoption³⁹³², alors qu'il leur impose le congé de maternité. En cas d'absence de congé d'adoption dans leur État, les ressortissantes ne pourraient dès lors pas compenser leur exclusion du congé de maternité par un congé d'adoption.

1146. Au regard du raisonnement de la Cour de justice, l'exclusion de la maternité « sociale » de la protection du congé de maternité n'apparaît pas porter atteinte, de quelque manière que ce soit, au principe d'égalité. Du point de vue de l'égalité formelle, elle conclut en effet à l'absence de discrimination fondée sur le sexe, en renvoyant au processus classique de comparaison : les mères commanditaires de la GPA étant en l'espèce traitées de la même manière que les pères commanditaires de la GPA. Mais surtout, la Cour ne s'interroge pas sur les enjeux de l'affaire en termes d'égalité réelle, et ce à deux égards.

1147. En premier lieu, en se référant aux liens spécifiques qui se tissent entre la gestatrice et l'enfant après l'accouchement, la Cour véhicule une représentation limitée et stéréotypée de celle-ci : elle présuppose que la mère développe forcément un « instinct maternel » et qu'un tel lien ne pourrait, dès lors, être tissé avec les pères ou bien avec les mères adoptives³⁹³³. En excluant les mères commanditaires du congé de maternité, elle entretient dès lors l'idée que seules les femmes qui portent les enfants sont mères, rattachant la maternité à la condition biologique des femmes. Une telle biologisation de la maternité charrie avec elle une représentation de la maternité ancrée dans le corps des femmes. Or, en se focalisant sur la spécificité biologique de la maternité, la Cour conforte l'assignation des femmes à la fonction reproductive, qui a longtemps justifié en droit l'exclusion des femmes de la sphère publique et qui continue à nourrir des inégalités de fait. Pourtant, l'avocate générale Juliane Kokott adopte, à l'inverse de la Cour, une définition de la maternité, au sens de la directive 92/85, détachée de la dimension purement corporelle : le lien entre la mère et l'enfant protégé au titre du congé de maternité ne saurait, selon elle, se limiter à un lien physiologique. Au contraire, le congé de maternité est d'autant plus important pour la

vulnérabilité qui nécessite qu'un droit à un congé de maternité lui soit accordé, mais qui, spécialement pendant ce congé, ne peut être assimilée à celle d'un homme ni à celle d'une femme qui bénéficie d'un congé de maladie ».

³⁹³¹ Affaire C-167/12 précitée, point 34.

³⁹³² Tout au plus la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit à l'article 33 le droit à un *congé parental* à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, mais sans consacrer un congé d'adoption en tant que tel et sans préciser les modalités d'un tel congé.

³⁹³³ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, point 9.

mère commanditaire, qu'elle allaite ou non son enfant, que l'intégration de ce dernier à la famille a lieu durant cette période³⁹³⁴. Le refus de la Cour de retenir une définition « sociale » de la maternité va, de surcroît, à contre-courant de décisions antérieures, qui avaient précisément détaché la définition de la maternité d'une lecture « corporaliste »³⁹³⁵. Ainsi, dans l'affaire *Sabin Mayr* de 2008, la Cour a admis que la protection contre la discrimination prévue par la directive 92/85 pouvait s'appliquer à la requérante, alors même que celle-ci avait été licenciée après une FIV mais avant l'implantation des embryons, et qu'elle n'était donc pas enceinte au moment du licenciement³⁹³⁶. De même, dans l'affaire *Roca Álvarez* de 2010, la Cour a jugé que le congé d'allaitement ne pouvait être réservé aux femmes et qu'il pouvait aussi bénéficier aux hommes, dans la mesure où il devait être compris comme un « temps d'attention à l'enfant » et servait avant tout à la conciliation de la vie familiale et professionnelle à l'issue du congé de maternité³⁹³⁷. Le ralliement de la Cour, en 2014, à une conception physiologique de la maternité apparaît par conséquent comme un recul, qui plus est « à l'instant même où, précisément, apparaissent des modes de conception des enfants et de création des familles alternatifs »³⁹³⁸, avec l'AMP ou la GPA.

1148. En second lieu, en concluant à l'absence de discrimination fondée sur le sexe, la Cour de justice suppose que les pères commanditaires et les mères commanditaires sont placés dans des situations similaires, et fait ainsi fi des inégalités de fait existant entre hommes et femmes au regard de fonctions sociales des parents³⁹³⁹. En effet, dans la mesure où les charges parentales pèsent dans les faits davantage sur les mères que sur les pères, le refus de congé de maternité revient à nier cette réalité sociale et à désavantager les mères qui ne bénéficient pas des protections relatives au congé de maternité, telles que la protection contre le licenciement.

³⁹³⁴ Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott, présentées le 26 septembre 2013, C-167/12, point 46 : « Cet objectif de protection se fondant sur la relation mère-enfant suggère même d'appliquer d'une manière générale la directive 92/85 aux cas de mères commanditaires, et ce indépendamment de la question de savoir si une mère commanditaire allaite ou non son enfant. Ledit objectif est en tout cas particulièrement pertinent pour les mères commanditaires allaitantes comme la requérante au principal, et peut-être dans une plus large mesure encore que pour les mères biologiques allaitantes. Tout comme une femme qui a mis un enfant au monde elle-même, la mère commanditaire a sous sa garde un nourrisson dont elle doit assurer le bien-être. Dans la mesure cependant où elle n'a pas été elle-même enceinte, elle est confrontée au défi de tisser un lien avec cet enfant, de l'intégrer dans la famille et de se familiariser avec son rôle de mère ».

³⁹³⁵ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, point 16.

³⁹³⁶ CJCE, 26 février 2008, *Sabine Mayr c/ Bäckeri*, C-506/06.

³⁹³⁷ CJUE, 30 septembre 2010, *Pedro Manuel Roca Álvarez*, C-104/09.

³⁹³⁸ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, point 10.

³⁹³⁹ *Ibid.*, point 28 : « Dire que requérante est dans la même situation qu'un homme qui serait devenu père suite à une GPA revient à poser une équivalence, *hic et nunc*, entre maternité et paternité [...]. Si, comme on l'a suggéré *supra*, il vaut la peine de considérer que c'est largement une conception socio-politique de la maternité qui doit être protégée (la maternité comme rôle, fonction ou statut social), une autre question mérite d'être posée : dans quelle mesure la réalité sociale (qui voit les charges domestiques et parentales peser bien plus largement sur les mères que sur les pères) doit-elle être prise en compte ? ».

1149. L'éventuelle prise en compte de l'inégalité sociale entre les mères et les pères, par l'octroi d'un congé de maternité à la mère d'intention dans le cadre d'une GPA, poserait toutefois deux problèmes. D'une part, elle risquerait de conduire à nier totalement la dimension corporelle de la maternité, en refusant la protection du congé de maternité à la femme qui a porté et accouché de l'enfant, alors que celle-ci peut être en situation de vulnérabilité, en particulier économique³⁹⁴⁰. L'avocate générale Kokott propose, sur ce point, une répartition concertée du congé de maternité entre les deux femmes, qui permettrait de prendre en compte la maternité sociale sans nier pour autant la protection liée à la grossesse³⁹⁴¹. Mais, d'autre part, en protégeant la fonction sociale de la maternité, le droit ne risquerait-il pas de reproduire les rôles de genre traditionnels et de conforter toutes les femmes dans la fonction maternelle ? Le raisonnement de l'avocate générale est de ce point de vue significatif : « Tout comme une femme qui a mis un enfant au monde elle-même, la mère commanditaire a sous sa garde un nourrisson dont elle doit assurer le bien-être. Dans la mesure cependant où elle n'a pas été elle-même enceinte, elle est confrontée au défi de tisser un lien avec cet enfant, de l'intégrer dans la famille et de se familiariser avec son rôle de mère »³⁹⁴². L'importance accordée ici à l'apprentissage par la mère commanditaire de son « rôle de mère », sans évoquer le rôle du père, conforte ici les rôles de genre hiérarchisés. La lutte contre les inégalités de genre ne conduirait-elle pas plutôt à réserver le congé de maternité à la protection de la maternité physiologique ?³⁹⁴³ La question fait débat³⁹⁴⁴.

1150. Une lecture du congé de maternité du point de vue de l'égalité réelle implique, toutefois, la combinaison de deux facteurs : premièrement, assumer la dimension compensatrice du congé de maternité, qui, on l'a vu, permet de lutter contre les inégalités qui touchent les mères sur le marché du travail, en raison de la répartition traditionnelle des rôles de genre. Or, il n'y a ici aucune raison que les mères commanditaires soient exclues de cette dimension compensatrice, puisqu'en tant que femmes elles assument dans les faits davantage la charge des enfants que les hommes. Deuxièmement, il s'agit de prévoir une extension des congés parentaux aux hommes,

³⁹⁴⁰ *Ibid.*, point 25.

³⁹⁴¹ Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott précitées, points 70 à 75.

³⁹⁴² *Ibid.*, point 46.

³⁹⁴³ BUI-XUAN Olivia, « Le congé de maternité des enseignantes-chercheuses », *Droit et société*, n° 77, 2011/1, p. 133 : « Compte tenu des inégalités persistantes en matière de répartition du travail (professionnel et domestique), généraliser le traitement préférentiel à tous les parents ne contribuerait qu'à creuser les inégalités entre pères et mères de famille [...]. Juridiquement, il semble donc plus pertinent d'adosser le traitement préférentiel à la grossesse et à la maternité *stricto sensu*, c'est-à-dire au fait d'enfanter, faits objectifs qui peuvent expliquer un retard dans les recherches ».

³⁹⁴⁴ REGINE, « Droit et genre, janvier 2014 - janvier 2015 », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1007 : « Au fond, cela reviendrait à juger que la mère est un père comme les autres, et réciproquement. Une telle évolution pourrait permettre de réduire les stéréotypes associés à la maternité et à son caractère essentiel pour les femmes. À l'inverse, d'aucuns jugeront que ce serait nier la particularité de la maternité en ce qu'elle suppose la gestation et l'accouchement et que la protection des droits des femmes passe par la prise en compte de la spécificité de leurs fonctions reproductrices. Au fond, on retrouve ici le débat idéologique entre ceux qui défendent une protection spécifique des droits des femmes et ceux qui poursuivent un idéal d'égalité ».

qui permet l'implication de ceux-ci dans les charges parentales, afin de faciliter le retour des femmes sur le marché du travail³⁹⁴⁵. Force est de constater que la Cour de justice demeure silencieuse sur ces questions liées à l'égalité réelle, dont la sensibilité politique a par ailleurs conduit à l'abandon en 2015 du projet de directive relative aux congés parentaux³⁹⁴⁶. Le droit français va quant à lui plus loin que le droit de l'Union européenne, en protégeant la maternité sociale par le congé d'adoption.

1151. **La protection de la mère d'intention limitée au congé d'adoption en droit français.**

Le droit de la protection sociale réserve aussi, en France, le congé de maternité à la mère biologique de l'enfant. Il semble toutefois admettre, dans une certaine mesure, que la protection des femmes n'est pas limitée à la grossesse et à l'accouchement. La loi de 2016 modernisant le système de santé a ainsi étendu la protection des travailleuses bénéficiant d'une AMP contre le refus d'embauche ou le licenciement fondée sur la grossesse³⁹⁴⁷, reprenant ainsi la solution dégagée par la Cour de justice dans l'affaire *Sabin Mayr*. Le législateur a été jusqu'à protéger la situation de la «génitrice» dans le cadre d'une AMP, en prévoyant des autorisations d'absence pour se rendre aux examens médicaux et aux interventions nécessaires au prélèvement ovocytaire³⁹⁴⁸. Le congé de maternité en tant que tel est néanmoins réservé à la gestatrice de l'enfant – et la potentielle ouverture de l'AMP aux couples de femmes posera sans doute la question de l'ouverture du congé de maternité également à la mère qui a fait don de ses ovocytes.

1152. Dès lors, comme en droit de l'Union européenne, les mères d'intention dans le cadre d'une GPA réalisée à l'étranger se voient privées du congé de maternité. Néanmoins, le droit français reconnaît davantage la protection de la maternité sociale, à travers le congé d'adoption. Cela signifie que lorsque la mère d'intention adopte l'enfant – comme cela est désormais autorisé avec les arrêts de la Cour de cassation de 2017 – elle peut bénéficier, à l'instar d'une mère physiologique, d'une protection sociale en ayant recours à un congé d'adoption. Mais si les deux

³⁹⁴⁵ Cf. partie II, titre I, chapitre II.

³⁹⁴⁶ Commission européenne, Communiqué de presse, *Faciliter la vie des parents : la Commission retire sa proposition en attente sur le congé de maternité et ouvre la voie à une nouvelle approche*, Bruxelles, 1^{er} juillet 2015, URL : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5287_fr.htm. Le Parlement et le Conseil ont toutefois adopté en 2017 une proposition de directive relative à « l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et aidants » prévoyant un congé de paternité d'au moins 10 jours et des mesures visant le partage du congé parental (proposition de directive du 26 avril 2017, COM(2017) 253 final, 2017/0085(COD)).

³⁹⁴⁷ Article 87 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, insérant l'article L. 1225-3-1 du Code du travail : « Les articles L. 1225-1, L. 1225-2 et L. 1225-3 sont applicables aux salariées bénéficiant d'une assistance médicale à la procréation conformément à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique ».

³⁹⁴⁸ Article 29 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, insérant l'article L. 1244-5 du Code de la santé publique : « La donneuse bénéficie d'une autorisation d'absence de son employeur pour se rendre aux examens et se soumettre aux interventions nécessaires à la stimulation ovarienne et au prélèvement ovocytaire. Lorsque la donneuse est salariée, l'autorisation est accordée dans les conditions prévues au second alinéa de l'article L. 1225-16 du Code du travail ».

types de congés offrent une protection contre le licenciement³⁹⁴⁹ et ouvrent droit à indemnisation dans les mêmes conditions³⁹⁵⁰, les deux régimes ne sont toutefois pas strictement équivalents. Le congé d'adoption est moins long que le congé de maternité (dix semaines pour le premier contre 16 semaines pour le second), d'autant plus qu'il peut être réparti entre les deux parents – la durée du congé est alors rallongée de onze jours³⁹⁵¹. Il est surtout facultatif, contrairement au congé de maternité qui est en partie obligatoire (pour une durée de huit semaines). La protection de la dimension physiologique de la maternité, et ici de la grossesse en particulier, justifie ainsi une durée plus grande du congé de maternité ainsi qu'une protection imposée aux mères.

1153. Il reste qu'en pratique, le droit français accorde une protection sociale quasiment équivalente à la maternité biologique et à la maternité sociale, qui peut désormais, par le jeu de la jurisprudence de 2017, bénéficier aux mères commanditaires dans le cadre d'une GPA. Cependant, le fait que le droit français conserve deux dispositifs distincts pour protéger la maternité physiologique, d'un côté, et la maternité sociale, de l'autre, n'est pas dénué de conséquences sur le plan symbolique. La distinction permet de continuer de réserver le congé de maternité à la protection de la mère physiologique, et de là, conduit à maintenir une définition physiologique de la maternité à la fois en droit de la protection sociale, mais aussi en droit de la filiation. En cantonnant la maternité sociale au processus de l'adoption, le droit français parvient dans les deux cas à maintenir la règle « *mater semper certa est* ». À la fois il admet que la maternité puisse être fondée sur la seule volonté, mais en même temps, il maintient l'idée que la maternité physiologique demeure la définition de principe de la maternité. En d'autres termes, l'existence de deux régimes distincts aboutit à conforter la primauté du premier et le caractère exceptionnel du second. De cette distinction ressort, dès lors, l'idée que la maternité ne saurait être réduite, par principe, à la seule volonté : le maintien de sa dimension corporelle et donc sexuée, préserve ainsi la nécessaire complémentarité des sexes dans l'engendrement, légitimant les inégalités entre les sexes dans le droit de la filiation.

1154. **Conclusion du chapitre II.** Il ressort de l'analyse du droit de la filiation, comme de celui de la protection sociale, une primauté accordée à la définition physiologique de la maternité sur

³⁹⁴⁹ Article L. 1225-38 du Code du travail : « Le congé d'adoption suspend le contrat de travail. Pendant la suspension, les parents salariés bénéficient de la protection contre le licenciement prévue aux articles L. 1225-4 et L. 1225-5 ».

³⁹⁵⁰ Article L. 331-7 et R. 313-4 du Code de la sécurité sociale : « Pour avoir droit à l'indemnité journalière de repos prévue à l'article L. 331-7, l'assuré ou l'assurée doit justifier : a) soit que le montant des cotisations dues au titre des assurances maladie, maternité, invalidité et décès assises sur les rémunérations qu'il ou elle a perçues pendant les six mois civils précédant la date d'arrivée de l'enfant au foyer est au moins égale au montant des mêmes cotisations dues pour un salaire égal à 1 015 fois la valeur du salaire minimum de croissance au premier jour de la période de référence ; b) Soit qu'il ou elle a effectué au moins 150 heures de travail salarié ou assimilé au cours des trois mois civils ou des trois mois précédant la date d'arrivée de l'enfant au foyer. Il ou elle doit, en outre, justifier de dix mois d'affiliation à la date d'arrivée de l'enfant au foyer ».

³⁹⁵¹ Article L. 1225-40 du Code du travail.

une définition uniquement sociale. Le droit s'attache ainsi à définir la maternité et la paternité moins sur le fondement de la volonté que sur celui des différences physiologiques dans la procréation. Or, le renvoi à ces différences physiologiques conduit non seulement à naturaliser la répartition inégalitaire des rôles de genre, mais il constitue par là même un point de butée quant à l'application du principe d'égalité, tant au sens formel que réel. Alors que les politiques publiques dénoncent aujourd'hui les stéréotypes de genre, les inégalités du droit de la filiation font très rarement l'objet d'un contrôle sous l'angle du principe d'égalité : la légitimité des différences de traitement entre les sexes en droit de la filiation apparaît évidente, précisément en raison de leur naturalisation. Les conséquences en termes de reproduction des rôles sociaux inégaux ne sont pas interrogées, ce qui constitue une limite certaine aux politiques d'égalité réelle. Certes, appréhender le droit de la filiation au prisme de l'égalité réelle et de la lutte contre la hiérarchie de genre peut se révéler compliqué, car certaines solutions qui compensent ou remettent en cause les rôles de genre traditionnels peuvent simultanément conduire à en conforter d'autres. Par exemple, le choix du maintien de l'accouchement sous X s'avère protecteur de l'autonomie des femmes et permet de remettre en cause le stéréotype de la femme-mère par essence, mais l'exclusion des hommes d'un tel dispositif sous-tend également les rôles de genre en renforçant celui de l'homme pourvoyeur des besoins du foyer. Les mêmes difficultés surgissent, on l'a vu, s'agissant du congé de maternité. L'objectif d'égalité réelle implique par conséquent d'examiner les dispositions différencialistes avec un certain équilibre, en faisant œuvre de compromis³⁹⁵². Il reste qu'une telle différenciation en droit de la filiation est loin d'être analysée par les acteurs du droit français au prisme du principe d'égalité, la légitimité de la différence des sexes relevant, dans ce contexte, de l'évidence.

1155. **Conclusion du titre II.** La bicatégorisation par sexe et la différenciation entre les statuts de père et mère sont considérées comme hors de portée du principe d'égalité, car la différence des sexes est ici appréhendée comme une donnée naturelle : il n'existerait que deux sexes au regard des critères biologiques, la division binaire étant fondée sur la complémentarité naturelle des sexes dans la procréation, qui sert elle-même de justification à la différence de statut entre les père et mère en droit de la filiation. Or, le fait que la différenciation entre les sexes dans la construction juridique de la personne soit exclue d'une analyse au prisme de l'égalité conduit à occulter le rôle du droit dans la construction de la différence des sexes. La différence des sexes

³⁹⁵² SUK Julie, « Feminist constitutionalism and the entrenchment of motherhood », *op. cit.*, p. 129 : « *The failure to build coalitions and to compromise on this subject shaped a limited approach to legal sex equality that insufficiently address the inequalities resulting from the role of women as mothers* ».

est considérée comme pleinement légitime, car résultant de données objectives, scientifiques, préjudiciques, que le droit ne ferait que prendre en considération.

1156. Pourtant, au terme de cette analyse, le rôle du droit dans la construction du genre comme système de division binaire entre les sexes apparaît incontestable. Le droit persiste à maintenir la bicatégorisation par sexe, alors même que les fondements biologiques sur lesquels elle repose sont plus que jamais remis en question : la visibilité croissante de l'intersexuation, le fait que la procréation ne résulte plus nécessairement d'une rencontre charnelle entre un homme et une femme, la multiplication des définitions possibles de la maternité (gestatrice, génitrice ou sociale), sont autant de phénomènes qui interrogent la pertinence de la différenciation juridique entre les sexes. La différence des sexes ne relève plus de l'évidence. Malgré cela, la différenciation entre les sexes par le droit apparaît indépassable et impossible à remettre en cause. Une telle ténacité des acteurs juridiques à maintenir la bicatégorisation par sexe révèle ainsi le rôle essentiel du droit dans la construction du genre.

1157. **Conclusion de la partie II.** Les rapports entre le principe d'égalité et la différence des sexes ne sont pas seulement complexes : ils sont également contradictoires. Le droit tend aujourd'hui à lutter contre les inégalités de genre au nom du principe d'égalité, mais il produit simultanément l'idée d'une différence des sexes naturelle, en légitimant celle-ci en dehors de tout contrôle d'égalité. Le rapport d'exclusion apparaît circulaire : les différences naturelles entre les sexes justifient que les inégalités de traitement ne soient pas contrôlées au regard du principe d'égalité, mais l'exclusion d'une analyse au prisme de l'égalité conduit, en retour, à naturaliser une telle différenciation. Or, on a pu constater au début de la thèse que les discours légitimant les inégalités entre les sexes se sont précisément fondés sur les différences dites « naturelles » entre les sexes pour les justifier. En naturalisant la différence de « statut » entre les femmes et les hommes, les discours juridiques ont justifié leur hiérarchisation³⁹⁵³.

1158. Est-ce à dire que le maintien de la différenciation entre les sexes dans l'état actuel du droit positif est comparable aux inégalités de traitement juridiques légitimées dans le passé entre les femmes et les hommes ? On pourrait, *a priori*, répondre par la négative. La différenciation entre les sexes par les règles d'état civil ne conduit pas à des inégalités de traitement juridique qui excluraient les femmes des droits reconnus aux hommes. Or, pour être reconnue comme illégitime et constituer une discrimination, une différence de traitement doit constituer un « traitement moins favorable » ou produire un « désavantage particulier » pour un sexe par rapport

³⁹⁵³ GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, *op. cit.*

à l'autre sexe³⁹⁵⁴. La classification par sexe ne produit aucun désavantage pour l'un ou l'autre sexe et ne saurait donc, de ce point de vue, être considérée comme discriminatoire. Toutefois, si un tel raisonnement correspond bien à la logique formelle qui a majoritairement guidé l'interprétation des principes d'égalité et de non-discrimination jusqu'à une période récente, il apparaît en revanche limité au regard de l'objectif d'égalité réelle que s'est désormais fixé le législateur. Dans une perspective d'égalité réelle, la bicatégorisation par sexe dans les règles d'état civil conduit à des inégalités de genre, puisqu'elle empêche la reconnaissance des personnes intersexes et rend difficile celle des personnes transgenres. Quant aux différences de traitement entre les sexes en droit de la filiation, on a vu qu'elles menaient non seulement à des inégalités de traitement formelles, mais qu'elles se fondaient de surcroît sur des représentations de genre à la racine des inégalités structurelles contre lesquelles le législateur prétend lutter.

1159. Il n'est pas ici question d'affirmer que la différenciation entre les sexes dans la construction juridique de la personne est discriminatoire : en l'état actuel du droit positif et au regard de l'interprétation majoritaire des principes d'égalité et de non-discrimination, elle ne l'est pas. Il s'agit surtout de mettre en évidence les contradictions du droit : le fait d'exclure une telle différenciation d'une analyse en termes d'égalité reproduit la naturalisation de la différence des sexes, au fondement des rôles de genre hiérarchisés que le droit entend précisément remettre en cause, et se révèle dès lors incompatible avec l'objectif d'égalité réelle.

³⁹⁵⁴ Article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

Conclusion générale

« Le droit reconnaît la différence de sexe, et la prend en compte ; mais, avec ce constat d'une donnée naturelle, il s'efforce de faire cohabiter, sans le contredire, l'égalité des sexes »
(CARBONNIER Jean, *Droit civil. Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 1^{ère} édition, 1955, réédition, 2004, p. 497).

1160. Si, comme le met en évidence Jean Carbonnier, le droit « s'efforce de faire cohabiter » le principe d'égalité et la différence des sexes, force est de constater qu'il ne parvient pas à dépasser la contradiction inhérente à leurs rapports. La présente thèse s'est employée à démontrer que ces rapports sont, au contraire, plus que jamais contradictoires. Au terme de l'analyse, plusieurs niveaux de contradiction entre les multiples rapports du principe d'égalité à la différence des sexes peuvent ainsi être relevés. Il est intéressant de s'appuyer sur la réforme constitutionnelle actuellement en cours qui rassemble à elle seule, de manière emblématique, ces manifestations antinomiques.

1161. En premier lieu, la contradiction entre l'égalité comme indifférenciation (rapport d'opposition) et l'égalité par la différenciation (rapport d'admission) apparaît indépassable. La réforme constitutionnelle montre combien la légitimité des mesures différencialiste visant l'égalité réelle est encore incertaine. Certains parlementaires souhaitent ainsi intégrer dans la Constitution l'approche réelle de l'égalité des sexes³⁹⁵⁵, notamment en modifiant l'article 1^{er} de la Constitution pour « garantir » et non plus seulement « favoriser » l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales³⁹⁵⁶. Mais si cette potentielle modification vise à renforcer les actions positives différencialistes en faveur des femmes, d'autres formes de mesures différencialistes ont à l'inverse été rejetées. C'est le cas des amendements qui prévoyaient de modifier la rédaction de la Constitution afin de féminiser les fonctions et les titres mentionnés, par exemple en usant la terminologie « le Président ou la Présidente de la République », et en ajoutant à l'article 1^{er} le mot « citoyennes » après le mot « citoyens »³⁹⁵⁷. Dans une perspective différencialiste, une telle modification avait pour but de « donner plus de force à l'égalité réelle », en prenant en compte la

³⁹⁵⁵ RIXAIN Marie-Pierre, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 20 juin 2018.

³⁹⁵⁶ BILLON Annick, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, enregistré à la présidence du Sénat le 17 juillet 2018, p. 55.

³⁹⁵⁷ Amendements CL 494 et CL 1373.

présence croissante des femmes dans les hautes fonctions politiques et en contribuant ainsi « à rendre les femmes plus visibles »³⁹⁵⁸. En rejetant l'amendement, les parlementaires marquent leur attachement à une formulation neutre, abstraite – en somme indifférenciée – des fonctions politiques, en refusant d'admettre qu'une telle formulation révèle le caractère historiquement androcentré de celles-ci³⁹⁵⁹. Les parlementaires ont en outre souhaité affirmer au niveau constitutionnel l'interdiction des distinctions fondées sur le sexe, ce qui pose la question de la portée de l'interprétation de l'égalité comme indifférenciation entre les sexes. Par voie d'amendement, les parlementaires ont proposé que soit complété l'article 1^{er} de la Constitution, qui dispose déjà que : « [La France] assure l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race ou de religion », en prévoyant « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de sexe »³⁹⁶⁰. Cette modification a pour objectif, d'un point de vue symbolique, de « sacraliser le principe d'égalité entre les femmes et les hommes »³⁹⁶¹, mais aussi d'affirmer au niveau constitutionnel l'interprétation de l'égalité des sexes comme « l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe »³⁹⁶². Or, le Haut Conseil à l'égalité s'est interrogé sur les éventuelles conséquences négatives d'une interdiction des distinctions selon le sexe sur les dispositifs différencialistes visant à remédier aux inégalités de fait³⁹⁶³. Il a dès lors proposé de préciser, à la suite de l'affirmation de l'égalité sans distinction de sexe, qu'une telle disposition est « sans préjudice des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à assurer concrètement une pleine égalité ou à compenser des désavantages subis par le sexe sous représenté ou discriminé »³⁹⁶⁴. Les parlementaires ont majoritairement rejeté cette proposition. La délégation aux droits des femmes du Sénat n'a pas jugé pertinent d'inscrire la référence aux actions positives dans la Constitution, notamment car l'objectif d'égal accès est déjà prévu à l'article 1^{er}³⁹⁶⁵.

³⁹⁵⁸ Voir les interventions de Stella Dupont et d'Isabelle Rauch : FERRAND Richard, BRAUN-PIVET Yaël, FESNEAU Marc, Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace (n° 911), tome II, p. 155 et s.

³⁹⁵⁹ Voir l'intervention de Richard Ferrand, FERRAND Richard, BRAUN-PIVET Yaël, FESNEAU Marc, Rapport précité, p. 156 : « Il me semble que les mots que l'amendement CL 494 vise à féminiser revêtent, dans l'esprit de la langue et dans celui de la Constitution, un caractère abstrait, ne préjugant ni du sexe ni du genre de la personne visée. L'évolution proposée risquerait, de surcroît, d'alourdir la rédaction du texte de la loi fondamentale ».

³⁹⁶⁰ Amendements identiques CL 1516 des rapporteurs Richard Ferrand (LaREM), Yaël Braun-Pivet (LaREM) et Marc Fesneau (MoDem), CL 406 de Marie-Pierre Rixain (LaREM), CL 1419 de Fabien Gouttefarde (LaREM). Une modification en ce sens avait déjà fait l'objet d'une proposition de loi : proposition de loi constitutionnelle modifiant l'article premier de la Constitution pour y inscrire le principe d'égalité devant la loi sans distinction de sexe, présentée notamment par Chantal Jouanno, enregistré à la présidence du Sénat le 8 mars 2017.

³⁹⁶¹ RIXAIN Marie-Pierre, Rapport précité, p. 16.

³⁹⁶² BILLON Annick, Rapport précité, p. 25.

³⁹⁶³ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Pour une Constitution garante de l'égalité femmes-hommes*, Avis n° 2018-04-18-PAR-033, 18 avril 2018, p. 23 : « La reconnaissance de ce principe ne doit pas empêcher les mesures spécifiques de rattrapage, qu'il s'agisse des dispositions dites de parité, ou par exemple de protection de la maternité – considérée alors comme une condition nécessaire à la réalisation de l'égalité femmes-hommes et non pas comme une dérogation au principe d'égalité de traitement ».

³⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 23.

³⁹⁶⁵ BILLON Annick, Rapport précité, p. 26.

Pourtant, l'objectif d'égal accès ne concerne qu'une forme relativement circonscrite d'action positive : la parité dans l'accès aux fonctions politiques et aux responsabilités professionnelles et sociales. Les parlementaires ne semblent pas disposés à consacrer plus largement, au niveau constitutionnel, la légitimité de tout dispositif différencialiste visant l'égalité réelle, ce qui aurait pu conduire le législateur à élargir la portée des actions positives.

1162. La résolution du conflit entre ces deux interprétations de l'égalité est difficilement concevable tant elle imprègne le droit positif. Pour certaines auteures, la solution résiderait dans l'adoption d'une conception « holistique » de l'égalité des sexes, qui permettrait aux interprètes du principe d'égalité d'assumer que les différents sens de l'égalité sont, selon les contextes, tous nécessaires à sa réalisation concrète³⁹⁶⁶. Par une « gestion pragmatique des différences » au service de l'égalité réelle³⁹⁶⁷, la différenciation entre les sexes serait considérée comme illégitime, tandis que, dans d'autres cas, elle serait reconnue comme pleinement légitime et non comme une dérogation au principe d'égalité³⁹⁶⁸. Une telle solution rencontre toutefois des écueils. D'abord d'un point de vue méthodologique : cette solution adopte une démarche prescriptive, car elle postule que le projet politique charrié par l'égalité des sexes doit forcément tendre à la réalisation de l'égalité réelle entre les sexes. Or, cette démarche ne permet pas de mettre en évidence que, si les interprétations du principe d'égalité sont multiples et en conflit, c'est précisément parce qu'elles sont guidées par des objectifs politiques différents. On a certes pu constater que la réalisation de l'égalité réelle était devenue un objectif prioritaire des pouvoirs publics ; mais il n'en reste pas moins que les résistances aux outils juridiques de transformation des rôles de genre par le droit témoignent bien d'une opposition axiologique à cette conception de l'égalité. Ensuite, quand bien même on se placerait sur le terrain de la réalisation de l'égalité réelle, il est loin d'être évident de distinguer les formes de différenciation qui servent ou desservent un tel objectif. L'exemple de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2017 illustre parfaitement l'ambivalence des mesures différencialistes³⁹⁶⁹. Dans cette affaire, un homme contestait, sur le fondement de l'égalité de rémunération (article L. 3321-2 du Code du travail), la demi-journée de repos accordée par un accord collectif aux femmes à l'occasion de la journée internationale des droits des femmes. Une telle différence de traitement a néanmoins été considérée par la chambre sociale comme légitime, car visant « à établir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en

³⁹⁶⁶ TIMMER Alexandra, « Toward an Antistereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 714.

³⁹⁶⁷ ATTAL-GALY Yaël, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, p. 56.

³⁹⁶⁸ FREDMAN Sandra, « Beyond the dichotomy of formal and substantive equality : towards a new definition of equal rights », in BOEREFIJN Ineke, *Temporary special measures. Accelerating de facto equality of women under Article 4(1) UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Antwerp, Oxford, New York, Intersentia, 2003, p. 113 : « In some cases [differentiation] would become irrelevant, in other cases, the differences that exist between men and women would be appropriately recognised and valued in social arrangement ».

³⁹⁶⁹ Cour de cassation, chambre sociale, 12 juillet 2017,

remédiant aux inégalités qui affectent les chances des femmes»³⁹⁷⁰. Le juge choisit donc de manière assumée de privilégier une action positive visant l'égalité réelle par rapport à l'interprétation de l'égalité comme indifférenciation. Néanmoins, la solution interroge : réserver un congé aux femmes pour célébrer la journée des droits des femmes ne va-t-il pas à l'encontre de l'égalité réelle ? En effet, une telle mesure tend à conforter l'idée que seules les femmes seraient concernées par le « combat » pour l'égalité des sexes, comme le souligne le requérant. On a pourtant pu constater que la réalisation de l'égalité réelle exigeait au contraire une transformation des rôles de genre traditionnellement assignés aux femmes, mais aussi aux hommes. En excluant les hommes d'un tel congé, le juge s'appuie dès lors sur une conception essentialiste des identités féminine et masculine, qui va précisément à l'encontre de l'égalité réelle dans sa dimension transformative. La mesure différencialiste admise par le juge peut ainsi être analysée à la fois comme poursuivant et comme entravant l'objectif d'égalité réelle.

1163. L'une des raisons qui expliquent que la « gestion pragmatique des différences » par le droit semble si difficilement réalisable réside dans le fait que la différence des sexes demeure en grande partie essentialisée, car considérée comme naturelle par les acteurs du droit. Ce qui amène à un second niveau de contradiction des rapports de l'égalité à la différence des sexes : l'exclusion de la différenciation par sexe dans les règles de l'état civil et du droit de la filiation d'une approche au prisme de l'égalité apparaît en contradiction avec l'objectif d'égalité réelle poursuivi par le législateur. Selon Katherine Franke, cette contradiction expliquerait l'inefficacité du droit de la non-discrimination : tant que division même entre les sexes ne sera pas questionnée en termes d'égalité, la structure des inégalités sera sauvée³⁹⁷¹. En effet, « la croyance dans la vérité des identités sexuées réifie inévitablement la masculinité comme l'expression naturelle de la subjectivité de l'homme et la féminité comme l'expression naturelle de la subjectivité de la femme »³⁹⁷². Ces identités ayant été construites selon un rapport hiérarchique, la réalisation de l'égalité réelle supposerait la déconstruction de leur naturalité et, partant, de la division binaire entre les sexes considérée comme évidente et naturelle. La remise en cause du genre comme hiérarchisation des rôles sociaux ne serait donc pas possible sans la déconstruction du genre comme système de bicatégorisation sexuée naturalisée, sachant que les discours légitimant les inégalités entre les sexes s'appuient précisément sur les différences naturelles entre les sexes pour les justifier. Pour l'auteure, en s'attachant à maintenir les deux catégories de sexes, hommes et

³⁹⁷⁰ Arrêt du 12 juillet 2017 précité. Le juge se fonde sur les articles L. 1142-4, L. 1143-1 et L. 1143-2 du Code du travail, interprétés à la lumière de l'article 157-4 du TFUE.

³⁹⁷¹ FRANKE Katherine, « The central mistake of sex discrimination law : the disaggregation of sex from gender », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, novembre 1995, p. 3 : « The targets of antidiscrimination law therefore should not be limited to the 'gross, stereotyped distinctions between the sexes but should also include the social processes that construct and make coherent the categories male and female ».

³⁹⁷² *Ibid.*, p. 4.

femmes, le droit prend part à l'essentialisation des identités féminine et masculine, joue un rôle central dans la production du genre et constitue ainsi « lui-même un instrument de discrimination »³⁹⁷³.

1164. À cet égard, la manière dont est menée la réforme constitutionnelle actuelle témoigne de la persistance d'une conception essentialisée du sexe en droit français. Le fait que les parlementaires soient favorables à la suppression de la notion de « race » du texte constitutionnel renforce en parallèle l'idée d'une vérité du sexe³⁹⁷⁴. En effet, si la suppression du mot « race » est justifiée par le fait qu'il n'existe pas de « race » sur le plan biologique³⁹⁷⁵, le maintien de la bicatégorisation par sexe renvoie, à l'inverse, à l'idée qu'il existe deux sexes, au-delà de leur prise en compte par le droit. Le mot « race » aurait pu au contraire être maintenu comme permettant de rendre visible les discriminations raciales ; les parlementaires auraient dès lors assumé que, bien que les différences entre les « races » n'existent pas, la catégorie « race » est utile pour lutter contre les discriminations. L'illégitimité de la race, du fait de son inexistence, importe donc plus que la lutte contre les discriminations raciales. Par opposition, le sexe est pleinement légitime non seulement pour lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes, mais aussi et peut-être surtout parce que la différence des sexes est considérée comme une évidence naturelle. Pourtant, l'affirmation d'un principe de non-distinction entre les sexes aurait pu être l'occasion pour les parlementaires de s'interroger sur la légitimité de la bicatégorisation par sexe. Mais la légitimité de la différence des sexes dans la construction juridique de la personne n'a pas été interrogée, à ce stade, du point de vue des inégalités qu'elles sont susceptibles d'engendrer, notamment en confortant les représentations liées au genre dans les rôles parentaux ou en excluant la reconnaissance des personnes intersexes. Il apparaît du reste improbable qu'à l'avenir le Conseil constitutionnel sanctionne de telles dispositions différentialistes sur le fondement de l'article 1^{er} de la Constitution potentiellement modifié, tant l'évidence avec laquelle sont appréhendées ces différenciations conduit à les exclure d'une confrontation au principe d'égalité.

1165. De façon paradoxale, le droit entend donc remettre en cause le genre au nom de l'égalité, mais il produit le genre en dehors de l'égalité. Tant que la bicatégorisation par sexe sera exclue d'une approche au prisme de l'égalité, cette contradiction demeurera inéluctable. Pour mettre en

³⁹⁷³ *Ibid.*, p. 8 : « Where the law serves to constrain the range of permissible or even coherent sexual meanings, it becomes an instrument of discrimination itself ».

³⁹⁷⁴ Amendements identiques CL241, CL607, CL838, CL847, CL920 et CL1323.

³⁹⁷⁵ Voir l'intervention d'Hélène Vainqueur-Christophe, FERRAND Richard, BRAUN-PIVET Yaël, FESNEAU Marc, Rapport précité, p. 162 : « Le concept biologique de "race" n'est pas opérant pour l'espèce humaine, comme le reconnaissent l'ensemble des scientifiques. Supprimer le support qu'est le mot ne supprime évidemment pas le discours mais lui ôte la légitimité qu'il pourrait puiser dans la loi fondamentale. En effet, lorsque la Constitution interdit à la loi d'établir une distinction selon "la race", elle légitime paradoxalement l'opinion selon laquelle il existe des races humaines distinctes ».

évidence les incohérences du droit à l'égard du genre, ce qu'il importe de dévoiler n'est donc pas tant ce que dit le principe d'égalité de la différence des sexes, que ce qu'il n'en dit pas.

Bibliographie

Ouvrages généraux

- ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008
- ANTONETTI Guy, *Histoire contemporaine politique et sociale*, Paris, PUF, 9^e édition, 2003
- ARISTOTE, *Métaphysiques, Livre I*, Traduction de Tricot Jules, 1953, Éditions Les Échos du Maquis, 2014
- AUSTIN John Langshaw, *Quand dire c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil, 1970
- BINOCHE Bertrand, *Critiques des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989
- BODIN Jean, *De la République ou traité du gouvernement*, Édition latine de Francfort, 1591
- BURDEAU Georges, *La démocratie. Essai synthétique*, Bruxelles, Office de publicité, 1956
- CARBONNIER Jean, *Droit civil, tome 1. Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, réédition, 2017
- CARPENTIER Mathieu, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut Universitaire Varenne, 2014
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016
- CONDORCET, *Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales*, 1788
- CONSTANT Fred, *La citoyenneté*, Paris, Montchrestien, 2^e édition, 2000
- CORNU Gérard, *Droit civil, La famille*, Paris, LGDJ, 2006
- COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Paris, Sirey, 6^e édition, 2013
- DESROSIÈRES Alain, *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, Paris, La découverte, 2000
- DUCLERT Vincent, PROCHASSON Christophe, *Dictionnaire critique de la République*, Paris Flammarion, 2007
- FURET François, OZOUF Mona, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Champs Flammarion, 1992
- GROTIUS Hugues, *Le droit de la guerre et de la paix*, tome I, 1625, Amsterdam, traduction de Jean Barbeyrac, 1724

- GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2014
- HAMON Francis, TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 38^e éd., 2017
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 1^{ère} édition, 2013
- KANT Emmanuel, *Anthropologie d'un point de vue pragmatique*, traduction de Tissot Joseph, 1863
- KANT Emmanuel, *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit*, 1795, traduction de Jules Barni, 1853
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 1962, traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann, Bruylant, LGDJ, 1999
- LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, 1690, Paris, Volland, 1802
- MARX Karl, *La question juive*, traduction de Jean-Michel Palmier, Paris, Union générale d'éditions, 1968
- MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006
- MORABITO Marcel, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, Paris, Montchrestien, 6^e édition, 2000
- OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalon pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires de saint Louis, 1987
- PROUDHON Pierre-Joseph, *Justice et liberté*, (textes choisis par Jacques Muglioni), Paris, PUF, 1^{ère} édition 1962
- RAYNAUD Philippe, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003
- RAVENEL Jules, *Œuvres complètes de Montesquieu*, Paris, 1834
- ROLAND Henri, BOYER Laurent, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3^e édition, 1992
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, Paris, Garnier-Flammarion, 1966
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Émile ou de l'éducation, Livre V*, 1762, Texte établi par Charles Wirz présenté et annoté par Pierre Burgelin, Paris, Gallimard, 1969
- SIEYÈS Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, 1789, Paris, Édition du Boucher, 2002
- SUPIOT Alain, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005
- TARDIEU André, *L'Heure de la décision*, Paris, Flammarion, 1934
- TERRÉ François, FENOUILLET Dominique, *Droit civil. Les personnes*, Paris, Dalloz, 8^e édition, 2012

- TEYSSIE Bernard, *Droit civil. Les personnes*, Paris, Lexis Nexis, 18^e édition, 2016
- THOMAS Yan, *Les opérations du droit*, Paris, Seuil/Gallimard, 2011
- TILLIER Claude, *Lettres au système sur la réforme électorale, in Pamphlets (1840-1844)*, Paris et Nevers, Édition critique par Marius Gerin, 1906
- TROPER Michel, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 4^e édition, 2015
- TROPER Michel, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006
- TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006

Ouvrages spéciaux juridiques (monographies, thèses et mémoires)

- ATTAL-GALY Yaël, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003
- AUVERGNON Philippe, *Genre et droit social*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008
- BENOS Céline, *Les différences biologiques entre les sexes en droit privé*, Thèse pour le doctorat de droit présentée et soutenue publiquement le 25 novembre 2011, Université de Limoges
- BOEREFIJN Ineke, *Temporary special measures. Accelerating de facto equality of women under Article 4(1) UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Antwerp, Oxford, New York, Intersentia, 2003
- BORRILLO Daniel et FASSIN Eric, *La bioéthique en débat : angles vifs et points morts*, actes du colloque CERSA-IRIS-CREDOF, Raison publique, 2012
- BORRILLO Daniel, FORMOND Thomas, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, Paris, La Documentation française, 2007
- BORRILLO Daniel, FASSIN Eric, *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, 2^e édition., 2001
- BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993
- BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Paris, Economica, 2004
- CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 3^e édition, 2010
- CAPORAL Stéphane, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Paris, Economica, 1995
- CARAYON Lisa, *La catégorisation des corps. Étude sur l'humain avant et après la mort*, Thèse pour le Doctorat de droit, Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, 2016
- CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain. Limite de l'usage économique du corps*, Paris, LGDJ, 2018

- CLUZEL-MÉTAYER Lucie, MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 2011
- COOK Rebecca, CUSACK Susan, *Gender Stereotyping. Transnational legal perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010
- DEKEUWER-DÉFOSSÉZ Françoise, *L'égalité des sexes*, Paris, Dalloz, 1998
- DENIS Martin, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006
- DICKENSON Donna, *Property, women and politics. Subjects or objects ?*, Cambridge, Polity Press, 1997
- EHRENREICH Nancy, *The reproductive rights reader. Law, medicine and the construction of motherhood*, New York University Press, 2008
- FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris, Fayard, 2013.
- FARGUES Arnaud, *Universalisme républicain, particularismes et évolution du droit public*, Thèse pour le Doctorat de Droit public, Université Lille 2, 2011
- FORMOND Thomas, *Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit privé*, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Paris Nanterre, 2002
- FOURCANS Claire, *Les violences sexuelles devant les juridictions pénales internationales*, Thèse de doctorat en droit public, 2007
- FREDMAN Sandra, *Human rights transformed. Positive rights and positive duties*, Oxford University Press, 2008
- FREDMAN Sandra, *Women and the law*, Oxford University Press, 1997
- FRIBERGH Erik, KJAERUM Morten, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, 2010
- GOGOS-GINTRAND Amélie, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS éditions, 2011
- GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2000
- HAMON Francis, *Les discriminations saisies par le droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, VALENTIN Vincent, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, Paris, LGDJ, 2014
- HERNU Rémy, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003

- IACUB Marcela, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, 2004
- IACUB Marcela, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Flammarion, 2002
- JOHNSON Paul, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge, 2013
- LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010
- LOIR Joseph-Napoléon, *Des sexes en matière d'état civil. Comment prévenir les erreurs résultant de leurs anomalies*, Paris, Cotillon, Librairie du Conseil d'État, 1854
- MACKINNON Catharine, *Women's lives, men's laws*, Harvard University Press, 2005
- MACKINNON Catharine, *Le féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi*, Paris, Des femmes-Antoinette Fouques, 2005
- MACKINNON Catharine, *Sexual harassment of working women : a case of sex discrimination*, Yale University Press, 1979
- MAKKONEN Timo, *Multiple, compound and intersectional discrimination bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2002
- MARTENET Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Bruxelles, Paris, Zurich, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2003
- MÉCARY Caroline, *L'amour et la loi. Homos hétéros, mêmes droits mêmes devoirs*, Paris, Alma, 2012
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1997
- MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013
- MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Thèse de doctorat de droit privé, Université Paris Descartes et Université de Neuchâtel, 2015
- MICOU Evelyne, *L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels*, Presses Universitaires de Perpignan, 1997
- MILLARD Éric, *Famille et droit public. Recherche sur la construction d'un objet juridique*, Thèse pour le Doctorat de droit public, Université Jean Moulin Lyon III, 1994
- MINOW Martha, *Making All the Difference. Inclusion, exclusion, and american law*, Cornell University Press, Ithaca, 1990
- MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire pour le Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010

- NOLLEZ-GOLDBACH Raphaëlle, *Quel homme pour les droits ? Les droits de l'homme à l'épreuve de la figure de l'étranger*, Paris, CNRS, 2015
- PELLISSIER Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996
- PICHARD Marc, *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, Economica, 2006
- PISIER Evelyne, *Le droit des femmes*, Paris, Dalloz, 2007
- RAJASINGAM PATHIRAJ Valérie, *Les atteintes au corps féminin. Loi et sanction des violences physiques*, Paris, L'Harmattan, 2009
- ROBIN-OLIVIER Sophie, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999
- ROSENFELD Michel, *Les interprétations justes*, Paris, LGDJ, 2000
- ROTKOPF Patricia, *Le principe de non-discrimination en raison du sexe*, Thèse en droit public, Université Paris Sud, Faculté Jean Monnet, 2004
- SALAS Denis, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, 1994
- SOULIÉ Jean-Louis, *La prostitution en droit, le droit à la prostitution*, Montpellier, Arceaux 49, 2000
- SWEENEY Morgan, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse pour le Doctorat de droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010
- THARAUD Delphine, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013
- URBAN Yerri, *L'indigène dans le droit colonial français. 1865-1955*, Paris, Fondation Varenne, 2010
- VERDEAU Simone, *L'accession des femmes aux fonctions publiques*, Thèse pour le doctorat en droit, Toulouse, 1942
- WEST Robin, *Re-imagining justice. Progressive interpretations of formal equality, rights and the rule of law*, Ashgate, 2003
- WIDDOWS Heather, ALKORTA IDIAKEZ Itziar, EMALDI CIRION Aitziber, *Women's reproductive rights*, New York, Palgrave Macmillan, 2006
- WINTERMUTE Robert, ANDENAES Mads, *Legal recognition of same-sex partnerships. A study of national, european and international law*, Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, 2001
- ZARCA Alexis, *L'égalité dans le droit public français de la fonction publique*, Thèse pour le Doctorat de droit, 2004

Ouvrages spéciaux extra-juridiques (monographies, thèses et mémoires)

- ACHIN Catherine, LÉVÊQUE Sandrine, *Femmes en politique*, Paris, La Découverte, 2006
- ADLER Laure, *les femmes politiques*, Paris, Éditions du Seuil, 2007
- APPIAH Kwame Anthony, *Le code d'honneur. Comment adviennent les révolutions morales*, Broché, 2012
- BADINTER Elisabeth, *Paroles d'hommes (1790-1793)*, Paris, POL, 1989
- BARD Christine, *Les femmes dans la société française au XX^e*, Paris, Armand Colin, 2001
- BARD Christine, *Les filles de Marianne. Histoire des féminismes 1914-1940*, Paris, Fayard, 1995
- BATTAGLIOLA Françoise, *Histoire du travail des femmes*, Paris, La Découverte, 2000
- BENCHIKH Mérabha, *Femmes en politique : « Le troisième sexe » ?*, Paris, L'Harmattan, 2013
- BERENI Laure, CHAUVIN Sébastien, JAUNAIT Alexandre, REVILLARD Anne, *Introduction aux Gender Studies, Manuel sur les études de genre*, Bruxelles, De Boeck, 2008
- BERTINI Marie-Joseph, *Ni d'Eve ni d'Adam. Défaire la différence des sexes*, Paris, Max Milo, 2009
- BOUGLÉ-MOALIC Anne Sarah, *Le vote des françaises. Cent ans de débats. 1848-1944*, Presse Universitaires de Rennes, 2012
- BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998
- BOURDIEU Pierre, *La noblesse d'État : grandes écoles et esprit de corps*, Éditions de Minuit, 1989
- BOURGES Béatrice, MIRKOVIC Aude, MONTFORT Elizabeth, *De la théorie du genre au mariage de même sexe. L'effet dominos*, Peuple libre, 2013
- BRIMO Albert, *Les femmes françaises face au pouvoir politique*, Paris, Montchrestien, 1975
- BUTLER Judith, *Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion*, traduction de C. Kraus, Paris, La Découverte, 2005
- CABANIS Pierre, *Rapports du physique et du moral de l'homme*, tome I, Paris, 1802, 2^e édition, 1805
- CONAGHAN Joanna, *Feminist legal studies*, Londres, Routledge, 2009
- CONNELL Raewyn, *Masculinités. Enjeux sociaux de l'hégémonie*, Paris, Édition Amsterdam, 2014
- DAUPHIN Sandrine, *L'État et les droits des femmes. Des institutions au service de l'égalité*, Rennes, PUR, 2010
- DE BEAUVOIR Simone, *Le deuxième sexe*, Paris, Gallimard, 1949
- DENÈFLE Sylvette, *Utopies féministes et expérimentations urbaines*, Presses Universitaires de Rennes, 2008

- DELPHY Christine, *L'ennemi principal 1. Economie politique du patriarcat*, Paris, 1^{ère} édition, 1998, réédité par Syllepse, 2009
- DELPHY Christine, *L'ennemi principal 2. Penser le genre*, Paris, Syllepse, 2001
- DORLIN Elsa, *L'évidence de l'égalité des sexes*, Paris, L'Harmattan, 2000
- DORLIN Elsa, *Sexe, genre et sexualités*, Paris, PUF, 2008
- DUHET Paule-Marie, *Les femmes et la Révolution. 1789-1794*, Paris, Gallimard/Julliard, 1971
- DU ROY Albert, DU ROY Nicole, *Citoyennes! Il y a cinquante ans, le vote des femmes*, Paris, Flammarion, 1994
- ENSELLEM Cécile, *Naître sans mère? Accouchement sous X et filiation*, Presses universitaires de Rennes, 2004
- FAUSTO-STERLING Anne, *Les cinq sexes. Pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, Paris, Payot, 2013
- FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, La découverte, 2012
- FOUILLÉE Alfred, *Tempéraments et caractère selon les individus, les sexes et les races*, Paris, Alcan, 1895, 6^e édition 1920
- FRAISSE Geneviève, *à côté du genre. Sexe et philosophie de l'égalité*, Paris, Le bord de l'eau, 2010
- FRAISSE Geneviève, *Les femmes et leur histoire*, Paris, Gallimard, 2010
- FRAISSE Geneviève, *Les deux gouvernements, la famille et la Cité*, Paris, Gallimard, 2000
- FRAISSE Geneviève, *Muse de la Raison. Démocratie et exclusion des femmes en France*, Paris, Gallimard, 1995
- GARRIGOU Alain, *Histoire sociale du suffrage universel en France (1848-2000)*, Paris, Seuil, 2002
- GILLIGAN Carol, *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Paris, Flammarion, 2008
- GODINEAU Dominique, *Citoyennes tricoteuses*, Paris, ALINEA, PERRIN, 2004
- GUENIFFEY Patrice, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1993
- HÉRITIER Françoise, *Masculin, Féminin. La pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996
- HUARD Raymond, *Le suffrage universel en France. 1848-1946*, Paris, Aubier, 1991
- HURTIG Marie-Claude, KAIL Michèle, ROUCH Hélène, *Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS Éditions, 2002

- KAHN Jack, *An introduction to masculinities*, Wiley-Blackwell, 2009
- LAQUEUR Thomas, *La fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident*, Gallimard, 1992
- LATOUR Patricia, HOUSSIN Monique, TOVAR Madia, *Femmes et citoyennes. Du droit de vote à l'exercice du pouvoir*, Paris, Le temps des cerises, 1995
- LAUFER Jacqueline, *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, Paris, La Découverte, 2014
- LE BRAS-CHOPARD Armelle, MOSSUZ-LAVAU Janine, *Les femmes et la politique*, Paris, L'Harmattan, 1997
- LE BRAS-CHOPARD Armelle, *De l'égalité dans la différence. Le socialisme de Pierre Leroux*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1986
- LÉGAL Jean-Baptiste, DELOUVÉE Sylvain, *Stéréotypes, préjugés et discrimination*, Paris, Dunod, 2^e édition, 2015
- MARÉCHAL Sylvain, *Il ne faut pas que les femmes sachent lire ou Projet de loi portant défense d'apprendre à lire aux femmes*, Paris, 1801, 3^e édition, 1853
- MARTIN Xavier, *Naissance du sous-homme au cœur des Lumières*, Poitiers, Morin, 2014
- MICHELET Jules, *Du prêtre, la femme et la famille*, Paris, 1845
- MONEY John, *Man and Woman, Boy and Girl : Gender identity from conception to maturity*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1972
- MUEL-DREYFUS Francine, *Vichy et l'éternel féminin*, Paris, Seuil, 1996
- PATEMAN Carole, *Le contrat sexuel*, Paris, La Découverte, 2010
- POLLARD Miranda, *Reign of virtue. Mobilizing gender in Vichy France*, The University of Chicago Press, 1998
- POULLAIN DE LA BARRE François, *De l'égalité des deux sexes. Discours physique et moral, où l'on voit l'importance de se défaire des préjugés*, Paris, Jean du Puis, 1673, édition de 1676
- RAIBAUD Yves, « Durable mais inégalitaire : la ville », *Travail, genre et sociétés*, n° 33, 2015/1,
- RAWLS John, *Théorie de la Justice*, Paris, Seuil, 1997
- RIOT-SARCEY Michèle, *De la différence des sexes. Le genre en histoire*, Paris, Larousse, 2010
- ROSANVALLON Pierre, *La société des égaux*, Paris, Seuil, 2011
- ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992
- ROGERS Rebecca, THÉBAUD Françoise, *La fabrique des filles. L'éducation des filles de Jules Ferry à la pilule*, Paris, Textuel, 2014

- ROUSSEL Pierre, *Système physique et moral de la femme*, Paris, 1775
- SCHWEITZER Sylvie, *Les femmes ont toujours travaillé. Une histoire du travail des femmes aux XIX^e et XX^e siècles*, Paris, Odile Jacob, 2002
- SCOTT Joan, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, Paris, Albin Michel, 1998
- SCOTT Joan, *Parité ! L'universel et la différence des sexes*, Albin Michel, 2005
- SÉNAC-SLAWINSKI Réjane, *L'ordre sexué. La perception des inégalités femmes-hommes*, Paris, PUF, 2007
- SFEZ Lucien, *L'égalité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989
- SLEDZIEWSKI Elisabeth, *Révolution du sujet*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1989
- SIMON Jules, *L'ouvrière*, Paris, Hachette, 1861
- SIMONIN Anne, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité. 1791-1958*, Paris, Grasset, 2008
- SINEAU Mariette, *Femmes et pouvoir sous la V^e République*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2^e édition, 2011
- SINEAU Mariette, *Parité. Le Conseil de l'Europe et la participation des femmes à la vie politique*, Conseil de l'Europe, avril 2004
- SPITZ Jean-Fabien, *L'amour de l'égalité. Essai sur la critique de l'égalitarisme républicain en France 1770-1830*, Paris, Vrin, 2000
- STUART MILL John, *De l'assujettissement des femmes*, Paris, Éditions Avatar, traduction de Emile Cazelles, 1992
- THÉRY Irène, *La distinction de sexe. Une nouvelle approche de l'égalité*, Paris, Odile Jacob, 2007
- VERJUS Anne, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, Paris, Belin, 2002
- WITTIG Monique, *La pensée straight*, Paris, Amsterdam, 2007

Articles et contributions juridiques

- ABRAMS Kathryn, « Title VII and the complex female subject », *Michigan Law Review*, vol. 92, Août 1994, p. 2479
- ALEXY Robert, « The construction of Constitutional Rights », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 91, 2012/3, p. 465

ALIX Julie, « Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales », *AJ Pénal*, 2014, p. 208

AMIEL-DONAT Jacqueline, « Égalité des sexes », in RIALS Stéphane, ALLAND Denis, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 589

ANDRÉ Caroline, « La différence des sexes et l'établissement de la filiation en droit français : l'étude des filiations sexuellement exclusives », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 151

ARDANT Philippe, « l'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », in *La personne humaine, sujet de droit (quatrième journées René Savatier, Poitiers, 25 et 26 mars 1993)*, Paris, PUF, 1994, p. 135

ARDEEF Isabelle, « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », *AJ Famille*, 2012, p. 39

ARNAUD André-Jean, « Du post-modernisme au plein-féminisme : solo pour violoncelle sur l'approche culturelle qu'ont les femmes sur le droit », in DE BECHILLON Denys, BRUNET Pierre, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, MILLARD Éric, *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 79

ARNAUD-DUC Nicole, « Les contradictions du droit », in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident, XIX^e siècle*, Tome 4, Paris, Plon, 1991, p. 87

AUBERT-MONPEYSSSEN Thérèse, « Principe "à travail égal, salaire égal" : quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 30, 26 juillet 2007, p. 1960

AUBIN Claire, JOLY Benjamin, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Droit social*, 2007, p. 1295.

AUBIN Simon, « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA*, 2003, n° 57, p. 6.

AUVERGNON Philippe, « Les logiques du droit social confrontées aux évolutions des rapports de genre », in AUVERGNON Philippe, *Genre et droit social*, Bordeaux, 2006, p. 7

AUVRET Patrick, « L'égalité des sexes dans la fonction publique », *RDP*, 1983, p. 1573

AZIMI Vida, « L'"exhérédation politique" de la femme par la Révolution », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 69, Avril-Juin 1991, p. 177

BAER Susanne, « Liberty, dignity, equality : a fundamental rights triangle of constitutionalism », *University of Toronto Law Journal*, Vol. 59, n° 4, 2009, p. 417

BAER Susanne, « Citizenship in Europe and the Construction of Gender by Law », in KNOP Karen, *Gender and Human Rights*, Oxford University Press, 2004, p. 97

- BADEL Maryse, « Les congés familiaux dans l'Union européenne : singularités et convergences », *RDSJ*, 2011, p. 881
- BAILLON-WIRTZ Nathalie, « L'encadrement légal de l'accès à l'assistance médicale à la procréation », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 141
- BANDRAC Monique, « L'égalité des père et mère face à la transparence des origines », in BLOCH Pascale, DEPADT Valérie, *L'identité génétique de la personne. Entre transparence et opacité*, Paris, Dalloz, 2007, p. 61
- BARBOU DES PLACES Ségolène, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in POTVIN-SOLIS Laurence, *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, 2010, p. 65
- BARLES Sébastien, « De la revendication de la démocratie paritaire à son application en droit français », *Cosmopolitiques*, n° 4, juillet 2003, p. 157
- BARNARD Catherine, HEPPLÉ Bob, « Substantive equality », *Cambridge Law Journal*, Vol. 59/3, novembre 2000, p. 562
- BARTHÉLÉMY Jacques, CETTE Gilbert, « Le développement du temps vraiment "choisi" », *Droit social*, 2002, p. 135
- BEAUSSONIE Guillaume, « Loi relative au harcèlement sexuel », *Revue de science criminelle*, 2012, p. 906
- BELLEAU Marie-Claire, « les théories féministes : droit et différence sexuelle », *RTD Civ.*, 2001, p. 2
- BELLIVIER Françoise, « Dévolution du nom de famille », *RTD Civ.*, 2003, p. 554
- BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 20 juillet/20 août 1998, p. 152
- BELLOUBET-FRIER Nicole, « Sont-elles différentes ? », *Pouvoirs*, n° 82, 1997, p. 59
- BINET Jean-René, « Une mise en œuvre juridique de l'idéologie du gender ? », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant*, Institut Famille et République, 2016, p. 97
- BIOY Xavier, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », in SUDRE Frédéric, SURREL Hélène, *Le droit à la non-discrimination au sens de la CEDH, IDEDH*, Bruylant, Droit et justice, n° 81, 2008, p. 51
- BIOY Xavier, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 65, 2006/1, p. 73
- BLACHER Philippe, « Droit constitutionnel et identité féminine », *La Revue administrative*, n° 28, 1996, p. 38

- BOLLÉE Sylvain, « Gestation pour autrui : la voie du compromis », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1481
- BORGETTO Michel, « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, 2008/4 n° 148, p. 8
- BORGETTO Michel, « Égalité, solidarité... Equité ? », in KOUBI Geneviève, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, Paris, PUF, 1996, p. 239
- BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualités*, Anthémis/LGDJ, 2012, p. 7
- BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit. De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence Revue critique*, 2011, p. 273
- BORRILLO Daniel, « La reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne : égalité ou apartheid ? », in MARTENS Vladimir, *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2004, p. 87
- BORRILLO Daniel, « Les unions de même sexe : entre mariage impossible et concubinage improbable », *Le Banquet*, n° 12, octobre 1998
- BOUDON Julien, « L'esclavage de la Révolution à l'Empire », *Droits*, n° 53, 2011/1, p. 13
- BOUCHER Julien, « Les réserves d'interprétation par ricochet : retour sur l'étendue de l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2007, p. 2130
- BOUCOBZA Isabelle, GIRARD Charlotte, « La parité en politique. Le genre, un outil du pouvoir », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 507
- BOULANGER François, « Droit de la famille et contrôle de la notion d'égalité », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 565
- BOURDIER Elsa, « Des libertés à la répression : un renversement à peine voilé de la laïcité », *La Revue des droits de l'homme*, n° 11, 2017 [en ligne]
- BOUTAYEB Chahira, « Le régime français de retraite des fonctionnaires à l'épreuve du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes », *RDSS*, 2014, p. 1073
- BOUVERESSE Aude, « Validation et justifications surprenantes par le Conseil d'État du régime des retraites des fonctionnaires au regard du principe d'égalité de traitement », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, p. 858
- BRÉCHOT François-Xavier, « La constitutionnalité du mariage pour tous en question », *JCP Édition générale*, n° 51, 17 décembre 2012, p. 1388

BREMS Eva, « Enemies or allies? Feminism and cultural relativism as dissident voices in human rights discourses », *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, p. 136

BRIMO Albert, « La femme et la fonction publique en France. Contribution à l'étude d'un problème de sociologie administrative », *AJDA*, 1956, p. 36

BRUNET Laurence, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », *RDSS*, 2013, p. 908

BRUNETTI-PONS Clotilde, « Rapport introductif au colloque sur la complémentarité des sexes en droit de la famille », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 27

BUCH Henri, « La notion d'égalité dans les principes généraux du droit », in *Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, L'égalité*, Vol. I, 1971, p. 196

BUGNON Caroline, « L'accès des femmes à l'éducation », in ICARD Philippe, *Les femmes dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 5

BUI-XUAN Olivia, « La “représentation équilibrée entre les femmes et les hommes”, une catégorie juridique équivoque », *RDP*, n° 2, 2015, p. 431

BUI-XUAN Olivia, « La mixité dans la haute fonction publique », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 541

BUI-XUAN Olivia, « Regard genré sur les dispositions juridiques relatives à la neutralité religieuse », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, MÖSCHEL Mathias, ROMAN Diane, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 25

BUI-XUAN Olivia, « L'égalité professionnelle des hommes et des femmes dans la fonction publique, une révolution manquée ? », *AJDA*, 2012, p. 1100

BUI-XUAN Olivia, « Le congé de maternité des enseignantes-chercheuses », *Droit et société*, n° 77, 2011/1, p. 133

BUMILLER Kristin, « Victimes dans l'ombre de la loi. Une critique du modèle de la protection juridique », *Politix*, n° 94, 2011/2, p. 131

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Du principe d'égalité en droit interne et communautaire », *AJDA*, 2005, p. 223

BYK Christian, « Quelle place pour un “troisième sexe” en droit positif? Le droit français à l'aune du droit comparé », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Paris, Lexis Nexis, 2015, p. 171

BYRNES Andrew, « Article 1 », in FREEMAN Marsha, CHINKIN Christine, RUDOLF Beate, *The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women. A Commentary*, Oxford University Press, 2012, p. 53

BYRNES Andrew, « Women, feminism and international human rights law. Methodological myopia, fundamental flaws or meaningful marginalization ? », *Australian Year Book of International Law*, 1988-1989, p. 205

CALVÈS Gwénaële, « Le Conseil constitutionnel et les quotas par sexe : une fuite en avant », in BIOY Xavier, FAGES Marie-Laure, *Égalité – Parité. Une nouvelle approche de la démocratie ?*, Presses universitaires de Toulouse, 2013, p. 77

CALVÈS Gwénaële, «La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *RDSJ*, 2011, p. 645

CALVÈS Gwénaële, «Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *RDSJ*, 2009, p. 991

CALVÈS Gwénaële, «Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n° 148, 2008/4, p. 35

CALVÈS Gwénaële, « Au service de la connaissance et du droit : le *testing* », *Horizons stratégiques*, n° 5, 2007/3, p. 310

CALVÈS Gwénaële, «Répression des discriminations : l'adieu aux armes », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et FERRÉ Nathalie, *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 45

CALVÈS Gwénaële, «Le Conseil constitutionnel français et la réforme des retraites : une occasion manquée pour le développement du contentieux de l'égalité entre les sexes », in TSUJIMURA Miyoko, LOCHAK Danièle, *Égalité des sexes : la discrimination positive en question*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 105

CALVÈS Gwénaële, «“Communauté homosexuelle” et communauté des citoyens : pour qui sonne le glas ? », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1497

CALVÈS Gwénaële, «Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 29

CALVÈS Gwénaële, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, 2001/5, p. 163

CAMAJI Laure, ODOUL-ASOUREY Isabel, PORTA Jérôme, « “Travailleuse, travailleur” : une lecture du Code du travail au prisme du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 185

CANDIDE Lucie, «Le sexe, le mariage et la filiation et les principes supérieurs du droit français», *Gazette du Palais*, n° 278, 4 octobre 2012, p. 7

CARAYON Lisa, MATTIUSI Julie, «Le prix du genre», *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 12 mars 2018 [en ligne]

CARLES Isabelle, «Les discriminations multifactorielles fondées sur le genre et l'origine ethnique», *Hommes et migrations*, 2011, p. 48

CARPENTIER Mathieu, «Normes, interprétation, défaisabilité», in BOCCON-GIBOD Thomas, GABRIELLI Caterina, *Normes, institutions et régulation publique*, Paris, Hermann éditeurs, 2015, p. 277

CARTIER Emmanuel, «Les petites constitutions : contribution à l'analyse d'un droit constitutionnel transitoire», *RFDC*, 2007/3, n° 71, p. 515

CASSIA Paul, «La légalité des quotas par sexe (sauf pour les jurys des concours d'agrégation de l'enseignement supérieur)», *AJDA*, 2003, p. 825

CASTIGNONE Silvana, «Légitimation», in ARNAUD André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1993, p. 342

CATALA Nicole, «Alinéa 3», in CONAC Gérard, PRÉTOT Xavier, TEBOUL Gérard, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Paris, Dalloz, 2001, p. 75

CATTO Marie-Xavière, «Le critère de l'apparence physique dans les décisions de changement de sexe», in *Identité sexuée, identité sexuelle, apparences, corps et pratiques*, à paraître en 2018

CATTO Marie-Xavière, «La mention du sexe à l'état civil», in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 29

CATTO Marie-Xavière, «La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêt ?», *La Revue des droits de l'homme*, n° 3, juin 2013 [en ligne]

CHALTIEL Florence, «Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes devant le Conseil constitutionnel : égalité ou équité ? (À propos de la décision du 16 mars 2006)», *LPA*, n° 72, 11 avril 2006, p. 5

CHARLESWORTH Hilary, CHINKIN Christine, WRIGHT Shelley, «Feminist approaches to International Law», *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, p. 613

CHARPENTIER Louis, «L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité», *RTD européen*, 1996, p. 281

CHARRUAU Jimmy, «L'introduction de la notion de genre en droit français», *RFDA*, 2015, p. 127

CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning and designing sex », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 16, 2002, p. 327

CHÉNÉDÉ François, « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ Famille*, 2017, p. 365

CHÉNÉDÉ François, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger ou la consécration du fait - frauduleusement - accompli : première étape », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 496

CHEVALLIER Jacques, « Lutter contre les discriminations et État-providence », in BORRILLO Daniel, *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 38

CHEVALLIER Jacques, « Essai d'analyse structurale du Préambule », in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, Paris, PUF, 1996, p. 25

CHEYNET DE BEAUPRÉ Aline, « "Homme et femme, il les créa". Retour sur l'égalité dans le droit de la famille », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1216

CHRISTOPHE-TCHAKALOFF Marie-France, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996, p. 168

CHRISTOPHE-TCHAKALOFF Marie-France, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, n° 82, 1997, p. 91

CLUZEL-MÉTAYER Lucile, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309

COLKER Ruth, « Pregnant men », *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 3-2, 1993, p. 449

COURBE Patrick, « Le rejet des répudiations musulmanes », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 815

CRENSHAW Kimberlé, « Demarginalizing the intersection of race and sex : a Black Feminist Critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics », *The University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139

CROS-COURTIAL Marie-Louise, « Le congé de paternité : une question de genre », *Revue du droit du travail*, 2010, p. 521

CUSACK Simone, TIMMER Alexandra, « Gender stereotyping in rape cases : the CEDAW Committee's decision in *Vertido v. The Philippines* », *Human Rights Law Review*, Vol. 11, 2011, p. 329

DACOSTA Bertrand, « Régime des pensions, égalité des sexes et droit de l'Union européenne. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 27 mars 2015, *M. Quintanel*, n° 372426 », *RFDA*, 2015, p. 550

DAUGAREILH Isabelle, « Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *Hommes et migrations*, 2011, p. 34

- DEBET Anne, « Le sexe et la personne », *Petites affiches*, n° 131, 01 juillet 2004, p. 21
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « L'établissement de la filiation », in BLOCH Pascale, DEPADT Valérie, *L'identité génétique de la personne. Entre transparence et opacité*, Paris, Dalloz, 2007, p. 23
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « La question juridique de l'égalité des sexes », *Comprendre*, n° 4, Paris, PUF, 2003, p. 69
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Les droits des femmes face aux réformes récentes du droit de la famille », *L'Année sociologique*, 1/2003, Vol. 5, p. 175
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Commentaire de la loi relative au nom de famille », *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2002, p. 6
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ? », *JCP Édition Générale*, n° 13, 31 mars 1993, I 3662
- DELVOLVÉ Pierre, « Constitution et société », *RFDA*, 2013, p. 923
- DEMICHEL Francine, « À parts égales : contribution au débat sur la parité », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 95
- DIEU Frédéric, « Le Conseil d'État, gardien des valeurs essentielles de la société française », *Constitutions*, 2014, p. 175
- DI MANNO Thierry, « Les quotas par sexe dans les jurys de concours et l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2003, p. 820
- DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, 2015, p. 364
- DIONISI-PEYRUSSE Amélie, in REGINE, « Droit et genre », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1007
- DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, CNRS Éditions, 2014, p. 49
- DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 485
- DOMINO Xavier, BRETONNEAU Aurélie, « La loi du genre », *AJDA*, 2013, p. 1564
- DOUSSET Christine, « La perception de la pauvreté féminine sous la Révolution (dans la législation sur l'assistance) », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 Avril 1989*, Vol. 1, Toulouse, Presse Universitaire du Mirail, 1989, p. 397

DOWD Nancy E., « Work and family : the gender paradox and the limitations of discrimination analysis in restructuring the workplace », *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, Vol. 24, 1989

DRAGO Guillaume, « Avant-propos », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant*, Institut Famille et République, 2016, p. 8

DUHAMEL Jean-Christophe, « L'équilibre des sexes au sein des conseils d'administration et de surveillance des grandes entreprises », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 583

DUMORTIER Thomas, « Le droit de l'assistance médicale à la procréation à l'épreuve du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 127

DUVERT Cyrille, « L'homme et la femme dans le Code civil ou la dialectique du donné et du construit », in BLOCH Pascale, DUVERT Cyrille et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2006, p. 25

ENGLE Karen, « Feminism and its (dis)contents : criminalizing wartime rape in Bosnia and Herzegovina », *American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005, p. 778

ESTRICH Susan, « Sex at work », *Stanford Law Review*, n° 4, Vol. 43, avril 1991, p. 813

FABRE-MAGNAN Muriel, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2384

FABRE-MAGNAN Muriel, « Le domaine de l'autonomie personnelle », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 31

FAGNANI Jeanne, « Lacunes, contradictions et incohérences des mesures de conciliation travail/famille. Bref bilan critique », *Droit social*, 1998, p. 596

FAGNANI Jeanne, « L'allocation parentale d'éducation : effets pervers et ambiguïtés d'une prestation », *Droit social*, 1995, p. 287

FAVENNEC-HÉRY Françoise, « Le travail à temps partiel : changement de cap », *Droit social*, 1999, p. 1004

FAVENNEC-HÉRY Françoise, « Le travail à temps partiel », *Droit social*, 1994, p. 165

FAVIER Yann, « Procréation et filiation : déconstruction dans le droit de la parenté », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, Paris, Dalloz, 2015, p. 55

FAVOREU Louis, « L'inconstitutionnalité des quotas par sexe (sauf pour les élections politiques) », *AJDA*, 2003, p. 313

FERCOT Céline, «Prostitution et racolage au prisme de l'égalité de genre», in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 279

FERRÉ Nathalie, «La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme», *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004/1, p. 33

FINEMAN Martha, «The vulnerable subject : anchoring Equality in the human condition», *Yale Journal of law & feminism*, Vol. 20, 2008, p. 1

FINEMAN Martha, «Feminist theory in law. The difference it makes», *Columbia Journal of Gender and Law*, 1992, p. 1

FISKE Susan, «Social science research on trial. Use of sex stereotyping research in *Price Waterhouse v. Hopkins*», *American Psychologist*, octobre 1991, p. 1049

FITTE-DUVAL Annie, «Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique», *AJFP*, 2006, p. 4

FITTE-DUVAL Annie, «L'arrêt *Griesmar* : l'égalité sans concessions», *AJFP*, 2002, p. 11

FITTE-DUVAL Annie, «Droit de pensions : l'égalité entre les sexes à marche forcée ?», *AJFP*, 2002, p. 4

FLAX Jane, «Beyond equality : gender, justice and difference», in BOCK Gisela, JAMES Susan, *Beyond equality and difference : citizenship, feminist politics and female subjectivity*, London, New York, Routledge, 1992, p. 193

FORT François-Xavier, «De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique», *AJDA*, 2009, p. 1181

FORTIER Corinne, BRUNET Laurence, «Changement d'état civil des personnes "trans" en France : du transsexualisme à la transidentité», in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012, p. 63

FORTIS Élisabeth, «Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités», *AJ Pénal*, 2008, p. 303

FRANKE Katherine, «The central mistake of sex discrimination law : the disaggregation of sex from gender», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, novembre 1995, p. 1

FRANKLIN Cary, «The anti-stereotyping principle in constitutional sex discrimination law», *New York Law Review*, Vol. 85, 2010, p. 83

FREDMAN Sandra, «Beyond the dichotomy of formal and substantive equality : towards a new definition of equal rights», in BOEREFIJN Ineke, *Temporary special measures. Accelerating de facto equality of women under Article 4(1) UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Antwerp, Oxford, New York, Intersentia, 2003, p. 111

FREEMAN Alan, « Legitimizing racial discrimination through anti-discrimination law », *Minnesota Law Review*, 1977-1978, Vol. 62, p. 1049

FRISON-ROCHE Marie-Anne et SÈVE René, « L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes », *L'année sociologique*, Vol. 53, 2003/1, p. 55

FULCHIRON Hugues, « Les paternités forcées : projet parental *versus* géniteur payeur », *Droit de la famille*, 2017, p. 1.

FULCHIRON Hugues, « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1737

FULCHIRON Hugues, « Vérité contre stabilité des filiations ? », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2958

FULCHIRON Hugues, « Du couple homosexuel à la famille monosexuée. Réflexions sur l'homoparentalité », *AJ Famille*, 2006, p. 392

FULCHIRON Hugues, « La femme, mère et épouse dans le droit révolutionnaire », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 Avril 1989*, Vol. 1, Toulouse, Presse Universitaire du Mirail, 1989, p. 377

FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1819

GALLMEISTER Inès, « Ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : la boîte de Pandore », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, Paris, Dalloz, 2015, p. 31

GARCIA Kiteri, « Le droit du travail et la famille », *Droit social*, 2009, p. 12

GARDAM Judith, « Women and the law of armed conflict : why the silence ? », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, 1997, p. 55

GARNIERI Stéphane, « Le droit constitutionnel et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », *RFDC*, n° 40 et 41, 1999, p. 725 et 2000, p. 67

GARRONE Pierre, « La discrimination indirecte en droit communautaire. Vers une théorie générale », *RTD Eur.*, 1994, p. 425

GATÉ Juliette, ROMAN Diane, « Droits des femmes et vulnérabilité, une relation ambivalente », in PAILLET Élisabeth, Richard Pascal, *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 219

GAUDREAULT-DESBIENS Jean-François, BEAUDOIN Marie-Hélène, « Changer la société par le droit ? Les vingt-cinq ans du droit constitutionnel et l'égalité entre les sexes au Canada », *RDP*, 20 octobre 2010, n° 6, p. 1751

GÉLY Marie-Laure, «Le budget de l'État : un budget sensible au genre ?», in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, CNRS éditions, 2014, p. 467

GOYARD-FABRE Simone, «Légitimité», in ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 933

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, «Droit de la filiation», *Recueil Dalloz*, 2016, p. 857

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, «Droit de la filiation», *Recueil Dalloz*, 2015, p. 702

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, «Droit de la filiation», *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1436

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, «Droit de la filiation», *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1432

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, «Droit de la filiation», *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1585

GROBON Sophie, «La décision Test-Achats c/ Belgique, CJUE, 1^{er} mars 2011, à l'aune de l'analyse féministe du droit : proposition de lectures d'un exemple concret», in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, MÖSCHEL Mathias, ROMAN Diane, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 123

GRÜNDLER Tatiana, «Les droits des femmes contre les droits de l'enfant : vers la fin de l'accouchement sous X», *La Revue des droits de l'homme*, n° 3, juin 2013 [en ligne]

GRÜNDLER Tatiana, «La République française, une et indivisible ?», *RDP*, mars 2007, p. 445

GUASTINI Riccardo, «*Lex superior*. Pour une théorie des hiérarchies normatives», *Revus*, 21, 2013, p. 47

GUEZ Philippe, «Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ?», *La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015 [en ligne]

GUEZ Philippe, «Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite», *JCP*, n° 39, 26 septembre 2001, II, 10595

HALLEY Janet, «Le genre critique : comment (ne pas) genrer le droit ?», *Jurisprudence, Revue critique*, 2011, p. 109

HALLEY Janet, «Rape at Rome : feminist interventions in the criminalization of sex-related violence in positive international criminal law», *Michigan Journal of International Law*, Vol. 30, automne 2008, p. 1

HALLEY Janet, KOTISWARAN Prabha, HILA Shamir, THOMAS Chantal, «From the international to the local in feminist legal responses to rape, prostitution/sex work and sex trafficking : four studies in contemporary governance feminism», *Harvard Journal of Law and Gender*, Vol. 29, 2006, p. 335

HAMMJE Petra, « Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui. Aspects de droit international privé », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, Paris, Dalloz, 2015, p. 175

HANNETT Sarah, « Equality at the intersections : the legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, n° 1, 2003, p. 65

HANTRAIS Linda, LETABLIER Marie-Thérèse, « Le rôle de la protection sociale dans la compensation des inégalités économiques entre femmes et hommes après divorce : une analyse comparative », *RDSS*, 2016, p. 885

HAQUET Arnaud, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 305

HAQUET Arnaud, « L'accès des femmes aux corps de l'armée », *RFDA*, 2000, p. 342

HARRIS Angela, « Race and essentialism in feminist legal theory », *Stanford Law Review*, Vol. 42, 1990, p. 581

HAUSER Jean, « Le couple sexué et le droit de la famille », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 59

HAUSER Jean, « Un sexe évolutif ? Du transsexualisme, du trans-genre et des prénoms », *RTD Civ.*, 2010, p. 759

HAUSER Jean, « Les parents sont égaux mais l'un serait plus égal que l'autre ! Une paternité au prix de la course ? », *RTD Civ.*, 2010, p. 773

HAUSER Jean, « La mère qui accouche décide du destin familial de son enfant même si elle change d'avis », *RTD Civ.*, 2010, p. 540

HAUSER Jean, « État civil et transsexualisme : nature juridique de la décision de changement », *RTD Civ.*, 2008, p. 78

HAUSER Jean, « Accouchement anonyme et paternité », *RTD Civ.*, 2004, p. 275

HAUSER Jean, « Incertitudes *ab initio* sur le sexe : rectification d'état civil », *RTD Civ.*, 2001, p. 849

HAUSER Jean, « La mort civile de l'enfant », *RTD Civ.*, 1998, p. 891

HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle, « État civil et transsexualisme : la fronde des juges », *RTD Civ.*, 1992, p. 46

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Analyse juridique du genre », in ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, HERRERA Carlos Miguel, LECLERC Olivier, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016, p. 113

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, Paris, Dalloz, 2015, p. 143

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Genre et religion : le genre de la Nouvelle Laïcité », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 715

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés du 8 mai 2014 [en ligne]

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *AJDA*, 2012, p. 163

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « *Vademecum* à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme. La théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de "splendide isolement" », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1360

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Une *dignitas* humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits*, n° 48, 2008/2, p. 59

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane, « Du sexe au genre : Le corps des femmes en droit international », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, MUIR WATT Horacia, RUIZ-FABRI Hélène, TOURME JOUANNET Emmanuelle, *Féminisme(s) et droit international. Études francophones*, Société de législation comparée, 2015, p. 265

HERNANDEZ Tanya, « One path for "post-racial" employment discrimination cases : The implicit association test research as social framework evidence », *Law and Inequality*, Vol. 32, 2014, p. 309

HERNU Rémy, « Égalité et non-discrimination », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 283

HESSE Jean-Philippe, « Citoyenneté et indigénat », in KOUBI Geneviève, *De la citoyenneté*, Paris, Litec, 1995, p. 69

HIGGINS Tracy, « Anti-essentialism, relativism and human rights », *Harvard Women's Law Journal*, Vol. 19, 1996, p. 89

HOUBRE Gabrielle, « Un "sexe indéterminé" ? : L'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIX^e siècle », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 48, 2014/1, p. 63

HOUBRE Gabrielle, « Alliances "monstrueuses" en pays cévenol ou l'hermaphrodisme au tribunal », in AZOULAY Vincent, GHERCHANOC Florence, LALANNE Sophie, *Le banquet de*

Pauline Schmitt Pantel. *Genre, mœurs et politique dans l'Antiquité grecque et romaine*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2012, p. 171

HOUSER Matthieu, « L'influence du droit de l'Union européenne sur l'égalité homme/femme dans la fonction publique », in ICARD Philippe, *Les femmes dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 103

IACUB Marcela, « Naître sous X », *Savoirs et clinique*, n° 4, 2004/1, p. 41

IACUB Marcela, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », *Le Banquet*, septembre 1998, p. 111

ICARD Philippe, « La maternité élément signifiant de la discrimination », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 699

JAN Pascal, « Les femmes en politique », *LPA*, n° 188, 20 septembre 2006, p. 11

JANICOT Leatitia, « Le principe d'égalité devant le service public », *RFDA*, 2013, p. 722

JEAMMAUD Antoine, « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », in CAUDAL Sylvie, *Les principe en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 68

JORION Benoît, « Égalité et non-discrimination en droit public français », in KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles, *L'égalité des chances, analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 141

JOUANJAN Olivier, « Égalité », in ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 585

JOUANJAN Olivier, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, p. 44

JOUANJAN Olivier, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 16, 1992, p. 131

JOUANJAN Olivier, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum*, n° 7, mai 2012 [en ligne]

JUNTER Annie, entretien réalisé par Coline CARDI et Anne-Marie DEVREUX, « Droit du travail et genre. Entre codification et résistance à la domination masculine », *Cahiers du Genre*, n° 57, 2014, p. 19

JUNTER Annie, RESSOT Caroline, « La discrimination sexiste : les regards du droit », *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010/3, p. 73

KANG Jerry, BENNETT Mark, « Implicit bias in the courtroom », *UCLA Law Review*, Vol. 59, 2012, p. 1124

KELLY Mary-Kristen, « Transforming traditional interpretations of Title VII : “because of sex” and the transgender dilemma », *Duke Journal of Gender, Law and Policy*, Vol. 17, 2010, p. 219

KESSLER Guillaume, « Le droit de ne pas être père », *AJ Famille*, 2017, p. 292

KING Deborah, « Multiple jeopardy, multiple consciousness : the context of Black feminist ideology », *Signs*, 1988, 14/1, p. 42

KOMBILA Hilème, « Les entraves à l’approche “intersectionnelle” canadienne de la discrimination », *La Revue des droits de l’homme*, n° 9, 2016 [en ligne]

KOMLY-NALLIER Muriel, CRUSOÉ Lionel, « La notion de harcèlement sexuel dans la fonction publique », *AJDA*, 2012, p. 1490

KOUBI Geneviève, « Le droit à l’in-différence, fondement du droit à la différence », in ROULAND Norbert, *Le droit à la différence*, PUAM, 2002, p. 263

KOUBI Geneviève, « Vers l’égalité des chances : quelles chances en droit ? », in KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles, *L’égalité des chances, analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 69

KOUBI Geneviève, « A propos du genre féminin des mots-symboles dans la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 Avril 1989*, Vol. 1, Toulouse, Presse Universitaire du Mirail, 1989, p. 417

KRIEGER Linda Hamilton, « The content of our categories : a cognitive bias approach to discrimination and equal employment opportunity », *Stanford Law Review*, Vol. 47, 1995, p. 1161

LABRUSSE-RIOU Catherine, « Genre et égalité », in HAUTEBERT Joël, *Le droit à l’épreuve du genre*, Limoges, PULIM, 2016, p. 131

LABRUSSE-RIOU Catherine, « Préface », in BRUNETTI-PONS Clotilde, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 11

LABRUSSE-RIOU Catherine, « Code civil et Code de la santé publique », *RDSS*, 2008, p. 427

LACOMBE Delphine, « Légiférer sur les “violences de genre” tout en préservant l’ordre patriarcal. L’exemple du Nicaragua (1990-2017) », *Droit et Société*, n° 99, 2018 (à paraître)

LAMBERT-GARREL Lucile, « Le transsexualisme en droit interne français », in MATTEU Jacques, REYNIER Mathieu, VIALLA François, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2010, p. 177

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Égalité, diversité et discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés* 21, 2009, p. 91

LANQUETIN Marie-Thérèse, «Lutte contre les discriminations dans l'emploi : panorama juridique européen », *Informations sociales*, n° 151, 2009/1, p. 52

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Droit social*, 2008, p. 778

LANQUETIN Marie-Thérèse, « A propos de la directive 2000/54 CE du 5 juillet 2006 (directive "refonte") », *Droit social*, 2007, p. 861

LANQUETIN Marie-Thérèse, « L'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes, réalisée en cinq ans ? », *Droit social*, 2006, p. 624

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Chronique juridique des inégalités de salaires entre les femmes et les hommes », *Travail, genre et sociétés*, n° 15, 2006/1, p. 69

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Acquisition des droits sociaux et égalité entre les femmes et les hommes », *Revue de l'OFCE*, n° 90, 2004/3, p. 461

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Femmes et retraites », *Travail, genre et sociétés*, n° 9, 2003/1, p. 234

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Un autre droit pour les femmes », in LAUFER Jacqueline, MARRY Catherine, MARUANI Margaret, *Le travail du genre. Les sciences sociales du travail à l'épreuve des différences de sexe*, Paris, La Découverte, 2003, p. 325

LANQUETIN Marie-Thérèse, « L'égalité entre les femmes et les hommes : sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002 », *Droit social*, 2003, p. 312

LANQUETIN Marie-Thérèse, « La charge de la preuve dans les cas de discrimination : les femmes, les syndicats et bientôt les étrangers », *Plein droit*, n° 41-42, avril 1999 [en ligne]

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Contrat de travail. Égalité de rémunération entre hommes et femmes », *Droit social*, 1997, p. 526

LANQUETIN Marie-Thérèse, « De l'égalité des chances », *Droit social*, 1996, p. 494

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Violation du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes par l'employeur refusant d'engager une femme enceinte », *Recueil Dalloz*, 1992, p. 288

LAROCHE-GISSEROT Florence, « Nom de la femme mariée : le désordre s'installe », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 633

LASSALAS Christine, « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité... », *Petites Affiches*, n° 120, juin 2016, p. 6.

LASSERRE-KIESOW Valérie, « L'égalité », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 23, 7 Juin 2010, p. 643

LAULOM Sylvaine, « Égalité des sexes et primes d'assurances », *Semaine sociale Lamy*, 2012, p. 1531

LAULOM Sylvaine, « France », in BURRI Susanne, SCHIEK Dagmar, *Multiple discrimination in EU law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ?*, European Commission, février 2009, p. 53

LAURENT-BONNE Nicolas, « La lutte contre le système prostitutionnel. Analyse critique et comparative de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1713

LAWRENCE Charles, « The Id and the Ego of Equal Protection », *Stanford Law Review*, 1987, Vol. 39, p. 317

LEBEN Charles, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *Revue du droit public et de la science politique*, 1982, p. 295

LEBORGNE Lise, « Mixité homme/femme au sein des conseils d'administration : bilan et perspectives à l'heure de l'échéance intermédiaire », *Petites affiches*, n° 249, 13 décembre 2013, p. 4

LE DOUJET-THOMAS Frédérique, « Nom de famille et nom d'usage. Le système onomastique a-t-il un genre ? », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 67

LEFRANC-HARMONIAUX Carole, « Maternité et rupture du contrat de travail », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1771

LEMAIRE Félicien, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301

LE MAGUERESSE Catherine, « La (dis-)qualification pénale des “violences sexuelles” commises par des hommes à l'encontre des femmes », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 223

LE MAIGAT Patrice, « Rencontres du troisième sexe : le juge et l'hermaphrodite ou les incertitudes du genre », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, juin 2016 [en ligne]

LE POURHIET Anne-Marie, « La loi du genre », *RFDA*, 2013, p. 1251

LE POURHIET Anne-Marie, « Le mariage de Mamère et la “Constitution de mon père” », *Constitutions*, 2013, p. 166

LE POURHIET Anne-Marie, « Égalité et discrimination », in LEMAITRE Félicien, GAURIAU Bernard, *Les discriminations*, Paris, Cujas, 2012, p. 25

LE POURHIET Anne-Marie, « Sexe, constitution et sociétés », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 5, 1^{er} mai 2010, p. 510

LEROYER Anne-Marie, « Égalité hommes-femmes – Lutte contre les violences », *RTD Civ.*, 2014, p. 947

LEROYER Anne-Marie, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1697

LEROYER Anne-Marie, « Réforme de la filiation », *RTD Civ.*, 2005, p. 836.

LEVADE Anne, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004, n° 111, p. 55

LHERNOULD Jean-Philippe, « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2012, p. 731

LHERNOULD Jean-Philippe, « L'homme aux boucles d'oreille : liberté ou égalité ? », *Droit social*, 2012, p. 346.

LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes du sexe », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 20

LIBCHABER Rémy, « L'adoption par les couples homosexuels et le principe d'égalité : une nouvelle rhétorique dans le débat public », *RTD Civ.*, 2002, p. 611

LIBCHABER Rémy, « La parité ou d'un certain malaise dans la représentation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 741

LICHÈRE François, VIALA Alexandre, « La légalité des quotas par sexe (pour certains jurys de concours) », *AJDA*, 2003, p. 817

LITTELTON Christine, « Reconstructing sexual equality », *California Law Review*, Vol. 75, 1987, p. 1279

LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, p. 657

LOCHAK Danièle, « La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen », in TSUJIMURA Miyoko, LOCHAK Danièle, *Égalité des sexes : la discrimination positive en question*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 39

LOCHAK Danièle, « Égalité et différence. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », in BORRILLO Daniel, *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, PUF, 1999, p. 39

LOCHAK Danièle, « La citoyenneté : un concept juridique flou », in COLAS Dominique, EMERI Claude, ZYLBERG Jacques, *Citoyenneté et nationalité*, Paris, PUF, 1991, p. 179

LOCHAK Danièle, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* n° 11, novembre 1987, p. 778

LOCHAK Danièle, «Droit, normalité et normalisation», in *Le droit en Procès*, Paris, PUF, CURAPP, 1983, p. 51

LOCHAK Danièle, «Les hommes politiques, les “sages” (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982) », *Droit social*, n° 2, février 1983, p. 131

LOENEN Titia, BOLAIN Nancy, « L'égalité des sexes ? Un droit fondamental à repenser », *Les Cahiers du GRIFF*, n° 48, 1994, p. 45

LOMBOIS Claude, « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1992, p. 323

LUCHAIRE François, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, n° 102, 1986, p. 1229

LUCHAIRE Yves, « L'échec de la parité appliquée à une élection partielle d'adjoints au maire », *AJDA*, 2014, p. 522

LYON-CAEN Antoine, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1990, p. 73

MACKINNON Catharine, « Sexuality », *Raisons politiques*, n° 46, 2012/2, p. 101

MACKINNON Catharine, « Substantive equality : a perspective », *Minnesota Law Review*, Vol. 96, n° 1, 2011-2012, p. 1

MACKINNON, Catharine, « Reflections on sex equality under law », *The Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, p. 1281

MALLET-BRICOURT Blandine, « Droit du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1177

MARAIS Astrid, « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *JCP Édition Générale*, n° 45, 7 novembre 2016, 1164

MARCHAND Daniel, « Rivalité entre normes européennes et normes internationales du travail », *Droit social*, 1993, p. 702

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Stérilisation et transsexualisme », *RTD Civ.*, 2015, p. 331.

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « L'état civil dans tous ses états : le transsexualisme encore et toujours », *RTD civ.*, 2007, p. 737

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « La triste fin des embryons *in vitro* du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits du Mâle », *Revue trimestrielle du droit civil*, 2007, p. 295

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « La Cour de Strasbourg, cour européenne des droits de la femme : la question du nom », *RTD civil*, 2005, p. 343

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Lorsque le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel entraîne une situation incompatible avec le respect dû à sa vie privée, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, et il y a infraction à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 101

MARGUET Laurie, MESNIL Marie, « L'égalité des sexes et des sexualités au prisme du droit de la famille », *Mouvements*, n° 82, 2015/2, p. 49

MARGUET Laurie, MESNIL Marie, « Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français », *La Revue des droits de l'homme*, juin 2014 [en ligne]

MARGUET Laurie, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme*, 5/2014 [en ligne]

MARINHO Anapaula Trindade, VAPAILLE Laurence, « La fiscalité des particuliers au prisme du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 447

MARTIN Denis, « La discrimination fondée sur le sexe dans l'octroi de prestations sociales : un peu, beaucoup, ...pas du tout », *RTDH*, n° 89, janvier 2012, p. 177

MARTIN Philippe, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *RIDC*, Vol. 63, n° 3, 2011, p. 585

MASSE-DESSEN Hélène, MOREAU Marie-Ange, « A propos du travail de nuit des femmes : nouvelle contribution sur l'application des directives européennes », *Droit social*, 1999, p. 391

MASSIP Jacques, « Le transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *Recueil Dalloz*, 1991, p. 169

MATHIEU Bertrand, « Faut-il actualiser le préambule de la Constitution ? », *Constitution*, 2012, p. 247

MAULIN Éric, « L'invention des principes », in CAUDAL Sylvie, *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 24

MAYAUX Luc, « Coup de tonnerre : la CJUE prohibe toute discrimination fondée sur le sexe ! », *La Semaine juridique édition générale*, n° 16, 18 Avril 2011, p. 465

MAYEUR-CARPENTIER Coralie, « La législation française sur les pensions est encore discriminatoire... à l'égard des hommes », *AJFP*, 2015, p. 148

MCCOLGAN Aileen, « Reconfiguring Discrimination Law », *Public Law*, Vol. 1, 2007, p. 74

MCGINLEY Ann, COOPER Frank Rudy, « Masculinities, multidimensionality and law : why they need one another », in COOPER Frank Rudy, MCGINLEY Ann, *Masculinities and the law*, New York University Press, 2012, p. 1

MÉCARY Caroline, «Légaliser la gestation pour autrui au nom de la dignité», in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, Paris, Dalloz, 2015, p. 101

MÉCARY Caroline, «Le Conseil constitutionnel manquerait-il de courage?», *AJ Famille*, 2010, p. 489

MÉDARD-INGHILTERRA Robin, «L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne», in GRÜNDLER Tatiana, THOUVENIN Jean-Marc, *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, rapport de recherche, GIP Justice, 2016, p. 177

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, «La loi et le principe d'égalité», *RFDA*, 2013, p. 952

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, «Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité?», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 29, 2010/3, p. 89

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel (Le contrôle du respect du principe d'égalité)», *Petites affiches*, n° 46, 05 mars 2009, p. 70

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, «Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les "classifications suspectes"», *Recueil Dalloz*, 2007, p. 3017

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, «La parité n'est pas l'égalité... Brèves remarques sur les limites aux discriminations positives», *Recueil Dalloz*, 2006, p. 873

MERCAT-BRUNS Marie, «L'identification de la discrimination systémique», *RDT*, 2015, p. 672

MERCAT-BRUNS Marie, «Harcèlement sexuel et travail en France : entre rupture et continuité», in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 201

MERCAT-BRUNS Marie, «La personne au prisme des discriminations indirectes», *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2475

MERCAT-BRUNS Marie, «Discrimination fondée sur le sexe aux États-Unis. Une notion juridique sous tensions», *Travail, genre et sociétés*, n° 28, 2012/2, p. 63

MERCAT-BRUNS Marie, «La portée de l'interdiction de licencier au moment du congé de maternité», *Revue de droit du travail*, 2011, p. 31

MERCAT-BRUNS Marie, «La doctrine américaine sur les discriminations et le genre : dialogue entre la critique du droit et la pratique», *Jurisprudence, Revue critique*, 2011, p. 97

MERCAT-BRUNS Marie, «Droits sur les produits du corps de la femme et discrimination : l'éclairage du droit français et du droit américain», in MERCAT-BRUNS Marie, *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Paris, Dalloz, 2006, p. 141

MILLARD Éric, « Réalisme scandinave, réaliste américain. Un essai de caractérisation », *Revus*, 2014, p. 81

MILLARD Éric, « Constituting women. The French ways », in BAINES Beverly, RUBIO-MARIN Ruth, *The gender of constitutional jurisprudence*, Cambridge University Press, 2004, p. 122

MILLET Florence, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP*, 2006. I. 112, n° 15, p. 303

MINÉ Michel, COSTE Christine, « Droit et discrimination sexuelle au travail », *Cités*, n° 9, 2002/1, p. 99

MINOW Martha, « Differences among difference », *UCLA Women Law Journal*, Vol. 1, 1991, p. 165

MONIOLLE Carole, « La représentativité des sexes dans les jurys de concours de la fonction publique », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 561

MONIOLLE Carole, « L'évolution de la distinction hommes-femmes en droit de la fonction publique », *AJFP*, 2013, p. 19

MOON Gay, « Multiple discrimination. Problems compound or solutions found ? », *Justice Journal*, 2006, p. 86

MORANGE Jean, « Une exigence des droits de l'homme », in *Le mariage et la loi. Protéger l'enfant*, Institut Famille et République, 2016, p. 111

MOREAU Marie-Ange, « Les justifications des discriminations », *Droit social*, 2002, p. 1112

MOREAU Marie-Ange, « Travail de nuit des femmes », *Droit social*, 1992, p. 174.

MORON-PUECH Benjamin, « Rejet du sexe neutre : une “mutilation juridique” ? », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1404

MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 11, 2017 [en ligne]

MORON-PUECH Benjamin, « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », *RDLF*, 2016, chron. n° 28 [en ligne]

MORON-PUECH Benjamin, « L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 904

MORON-PUECH Benjamin, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés du 23 mars 2015 [en ligne]

MORTIER Renaud, « La féminisation forcée des conseils d'administration », *Droit des sociétés*, n° 4, avril 2011, commentaire n° 75

MÖSCHEL Mathias, NIVARD Carole, « Discriminations indirectes et statistiques : entre potentialités et résistances », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, MÖSCHEL Mathias, ROMAN Diane, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 77

MOULY Jean, « “La délocalisation procréative” : fraude à la loi ou habileté permise ? », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2419

NAAB Malha, VERKINDT Pierre-Yves, « Regards croisés sur le droit et le genre : (dé)construction et mobilisation de la norme juridique », *Jurisprudence, Revue critique*, 2011, p. 169

NEIRINCK Claire, « La dénaturation de l'égalité en droit des personnes », in BIOY Xavier, FAGES Marie-Laure, *Égalité – Parité. Une nouvelle approche de la démocratie ?*, Presses universitaires de Toulouse, 2013, p. 97

NEIRINCK Claire, « Aide sociale à l'enfance, accouchement sous X, reconnaissance prénatale paternelle, Convention internationale des droits de l'enfant, droits du père biologique », *RDSS*, 2006, p. 575

NERSON Roger, RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTD Civ.*, n° 20, 1981, p. 847

NGAIRE Naffine, « Can Women be Legal Persons ? », in JAMES Susan, PALMER Stephanie, *Visible Women, Essays on Feminist Legal Theory and Political Philosophy*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 75

NIBOYET Marie-Laure, « La première chambre civile répudie sa propre jurisprudence sur les répudiations musulmanes », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 3378

NIVARD Carole, « La Convention, un outil pour l'égalité », in ROMAN Diane, *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, PEDONE, 2014, p. 107

NUKATSUKA Yasue, « Parité versus droit constitutionnel universaliste ? Une réflexion à partir du cas français », in TSUJIMURA Miyoko, LOCHAK Danièle, *Égalité des sexes : la discrimination positive en question*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 125

ODUL-AZOREY Isabel, « Congé maternité, droit des femmes ? », *La Revue des droits de l'homme*, 3/2013 [en ligne]

O'HAGAN Timothy, « Public privé, hommes et femmes », *Archives de philosophie du droit*, Tome 41, 1997, p. 43

PALMER Stephanie, « Feminism and the Promise of Human Rights : Possibilities and Paradoxes », in JAMES Susan, PALMER Stephanie, *Visible Women. Essays on Feminist Legal Theory and Political Philosophy*, Hart, 2002, p. 91

PARICARD Sophie, « L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes : en droit de la bioéthique, la révolution n'aura pas lieu... », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, Paris, Dalloz, 2015, p. 13

PARICARD Sophie, « La fin de la stérilité du transsexuel ? », *RDSS*, 2015, p. 643

PARICARD Sophie, « L'enfant du transsexuel », in ZATTARA-GROS Anne-Françoise, *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013, p. 213

PARICARD Sophie, « Transsexualisme : la Cour de cassation sonnerait-elle le glas de la libéralisation ? », *RDSS*, 2012, p. 880

PÉLISSIER Anne, « La réception de l'homoparentalité en droit européen », *AJ Famille*, 2006, p. 406

PELLOUX Robert, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP*, 1947, p. 370

PICHARD Marc, « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes "désactivé" ? », *Petites affiches*, n° 256-257, 26 décembre 2017, p. 6

PLUYETTE Gérard, « La définition du mariage civil en question (ou en droit positif) », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1389

POIRMEUR Yves, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles, *L'égalité des chances, analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 91

POLLACK PETCHESKY Rosalind, « Beyond 'a woman's right to choose'. Feminist ideas about reproductive rights », EHRENREICH Nancy, *The reproductive rights reader. Law, medicine and the construction of motherhood*, New York University Press, 2008, p. 106

PORTA Jérôme, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *Revue du droit du travail*, 2011, p. 290 et p. 354

PORTEMER Jean, « Le statut de la femme en France depuis la reformation des coutumes jusqu'à la rédaction du Code civil », in *La femme. Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Tome X, Bruxelles, Éditions de la Librairie Encyclopédique, 1962, p. 448

POUGHON Jean-Michel, « Justice et codification », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, n° 3, 2001, p. 725

PRALUS-DUPUY Joëlle, « Le harcèlement sexuel », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 53

PY Bruno, BALDECK Marilyn, « La définition du harcèlement sexuel est-elle satisfaisante ? », *Revue de droit du travail*, 2011, p. 348

RAMBAUD Patrick, « L'égalité des sexes en droit social communautaire », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 111

- RAOUL-CORMEIL Gilles, « L'état civil, lieu de mémoire de l'existence sociale de la personne », in PUIGELIER Catherine, SAINT-SERNIN Bertrand, *Le droit à la lumière de Bergson : mémoire et évolution*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2013, p. 147
- RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, Sirey, 1984, p. 652
- RAUZDUEL Sainte-Croix, « Du cens à la parité : la conquête électorale féminine pour le droit de vote selon l'exemple de la France », *Les cahiers du droit*, vol. 41, n° 4, 2000, p. 745
- REDENIUS-HOEVERMANN Julia, « La représentation des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance en France et en Allemagne », *Revue des sociétés*, 2011, p. 203
- REIGNÉ Philippe, « L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1915
- REIGNÉ Philippe, « Appartenance sexuelle et droit au respect de la vie privée », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1875
- REIGNÉ Philippe, « La notion juridique de sexe », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2015, p. 302
- REIGNÉ Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 42, 17 octobre 2011, p. 1883
- RÉMY Pierre-Louis, « Réduction du temps de travail et vie familiale », *Droit social*, 1999, p. 1012
- RIVERO Jean, « Rapport sur les notions d'égalité et de non-discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de non-discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, Paris, Dalloz, 1961-1962, p. 343
- RIVIER Marie-Claire, « Question de noms : famille, patronyme, usage, naissance et jeune fille », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1915
- ROBERT Jacques, « Les femmes et la politique », *RDP*, janvier 2007, p. 7
- ROBIN-OLIVIER Sophie, « Chronique Politique sociale de l'Union européenne - Congé parental, congé de maternité, congé d'adoption : le droit social européen de la famille est en construction », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 530
- RODRIGUEZ-RUIZ Blanca, RUBIO-MARIN Ruth, « The gender of representation : on democracy, equality and parity », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, avril 2008, p. 287
- ROMAN Diane, « La promotion des femmes par la jurisprudence administrative : entre égalité formelle et égalité réelle, les hésitations du juge administratif », *JCP – Édition administrations et collectivités territoriales*, n° 29, 23 juillet 2018, 2215

ROMAN Diane, «Le droit d'asile pour les victimes de mutilations génitales féminines», *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1215

ROMAN Diane, «Droits des femmes et vulnérabilité, une relation ambivalente», in PAILLET Élisabeth, *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 219

ROMAN Diane, «Les aspects médico-sociaux de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes», *RDSS*, 2014, p. 863.

ROMAN Diane, «Le corps des femmes. Autonomie et intégrité corporelles dans la Convention», in ROMAN Diane, *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, PEDONE, 2014, p. 183

ROMAN Diane, «Les stéréotypes de genre : “vieilles lunes” ou nouvelles perspectives pour le droit ?», in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, MÖSCHEL Mathias, ROMAN Diane, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 93

ROMAN Diane, «Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ?», *Raison-Publique*, 15 mai 2012, [en ligne]

ROMAN Diane, «La gestation pour autrui, un débat féministe ?», *Travail, genre et sociétés*, n° 28, 2012/2, p. 192

ROMAN Diane, «L'avortement devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire», *RDSS*, 2011, p. 293

ROMAN Diane, «Droits de l'homme et identité de genre : le transsexualisme une (future) question constitutionnelle ?», *Constitutions*, 2010, p. 79

ROMAN Diane, «L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'homme ?», *Revue de droit sanitaire et social*, 2007, p. 810

ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, «Seul le législateur peut imposer la parité hommes-femmes dans les listes de candidats aux élections aux chambres d'agriculture», *RFDA*, 2013, p. 882

ROSENFELD Michel, «L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence», *Constitutions*, 2010, n° 2, p. 177

ROSENFELD Michel, «Le principe d'égalité appliqué aux femmes dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, novembre 1998

ROSENFELD Michel, «Justice, égalité et action positive : justification et limites», *RDU*, n° 17, 1986, p. 243

ROUX Jérôme, «La QPC sur «le mariage homosexuel» : une question plus nouvelle que sérieuse ?», *Recueil Dalloz*, 2011, p. 209

- ROUX Juliette, « L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes. La mutation du droit vers la protection contre les discriminations multiples et l'intersectionnalité », *La Revue des droits de l'homme*, n° 7, 2015 [en ligne]
- ROY Odile, « Procréation médicalement assistée et révision des lois bioéthiques françaises. La montagne a accouché d'une souris », in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012, p. 139
- SAADA Emmanuelle, « Un droit postcolonial », *Plein droit*, n° 74, Octobre 2007, p. 13
- SAAS Claire, « Vingt ans de jurisprudence pénale sur le harcèlement sexuel. Réflexions sur le corps et la liberté sexuelle des femmes saisis par le droit pénal », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, p. 241
- SACHS-DURAND Corinne, « Harcèlement et discrimination en droit interne et en droit communautaire : brèves remarques », *Revue de droit du travail*, 2007, p. 38
- SAGUY Abigail, « Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux États-Unis », *Travail, genre et société*, n° 28, 2012/2, p. 89
- SALVAGE-GEREST Pascale, « Gestation pour autrui et simulation d'accouchement, ne pas confondre », *AJ Famille*, 2017, p. 431
- SANTORO Guillaume, « L'articulation des temps de vie par la négociation collective sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *Droit social*, 2017, p. 160
- SAUVÉ Jean-Marc, « Introduction », Colloque sur *l'administration et les femmes* organisé par l'Institut français des sciences administratives et l'École pratique des hautes études le 27 mai 2011, [en ligne]
- SAVATIER René, « Destin du Code civil français. 1804-1954 », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n° 4, 1954, p. 641
- SCALES-TRENT Judy, « Black women and the constitution : finding our place, asserting our rights », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol 24, 1989, p. 9
- SCHOETTL Jean-Eric, « La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel », *Petites affiches*, n° 15, 21 janvier 2002, p. 3
- SEILLER Bertrand, « Contribution à la résolution de quelques paradoxes de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges Lachaume*, Dalloz, 2007, 979
- SHELDON Sally, « Gender equality and reproductive decision-making », *Feminist Legal Studies*, Vol. 12, 2004, p. 303

SHOBEN Elaine, « Compound discrimination : the interaction of race and sex in employment discrimination », *New York University Law Review*, p. 793

SHULTZ Marjorie Maguire, « Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality », *Wisconsin Law Review*, 1990, p. 297

SIEGEL Reva, « The Constitutionalization of Abortion », in ROSENFELD Michel and SAJO Andras, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, p. 1057

SIEGEL Reva, « From colorblindness to antibalkanisation : an emerging ground of decision in race equality cases », *The Yale Law Journal*, vol. 120, 2011, p. 1278

SIEGEL Reva, « Abortion as a sex equality right. Its basis in feminist theory », in EHRENREICH Nancy, *The reproductive rights reader. Law, medicine and the construction of motherhood*, New York University Press, 2008, p. 147

SIEGEL Reva, « Why equal protection no longer protects ? The evolving forms of status-enforcing state action », 49 *Stanford Law Review*, 1997, p. 1111

SOLANKE Iyiola, « Putting race and gender together : a new approach to intersectionality », *The Modern Law Review*, Vol. 72(5), 2009, p. 723

SOUVIGNET Xavier, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, p. 315

STARK Barbara, « The women's Convention, reproductive rights, and the reproduction of gender », *Duke Journal of Gender Law and Policy*, Vol. 18, 2011, p. 261

STRUILLOU Yves, « La prise en compte des "obligations familiales" par le Code du travail », *AJ Famille*, 2013, p. 157

STURM Susan, « Second generation employment discrimination : a structural approach », *Columbia Law Review*, Vol. 101, p. 458

SUK Julie, « Feminist constitutionalism and the entrenchment of motherhood », *Studies in Law, Politics and Society, Special Issue : Law and the Imagining of Difference*, Vol. 76, 2018, p. 107

SUK Julie, « Gender quotas after the end of men », *Boston University Law Review*, Vol. 93, 2013, p. 1123

SUK Julie, « From antidiscrimination to equality : stereotypes and the life cycle in the United States and Europe », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, 2012, p. 75

SUK Julie, « Gender parity and state legitimacy : from public office to corporate boards », *International Journal of Constitutional Law*, mars 2011, p. 449

SUK Julie, « Are gender stereotypes bad for women ? Rethinking antidiscrimination law and work-family conflict », *Columbia Law Review*, vol. 101, janvier 2010, p. 1

SURREL Hélène, «Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe», *RTDH*, n° 57, 2004, p. 141

SWEENEY Morgan, «Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination», *Revue de droit du travail*, 2012, p. 87

TAUB Nadine, «The relevance of disparate impact analysis in reaching for gender equality», *Constitutional Law Journal*, Vol. 6, 1996, p. 941

TAUB Nadine, « Keeping women in their place : stereotyping *per se* as a form of employment discrimination », *Boston College Law Review*, Vol. 21, 1980, p. 345

TAUB Nadine, SCHNEIDER Elizabeth, «Perspectives on women's subordination and the role of law », in KAIRYS David, *The Politics of Law*, Pantheon Book, 1984, p. 117

TIMMER Alexandra, «Toward an Antistereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2011, Vol. 11/4, p. 704

TROPER Michel, «Le réalisme et le juge constitutionnel», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007 [en ligne]

TROPER Michel, «Le monopole de la contrainte légitime (légitimité et légalité dans l'État moderne) », « Violence et politique », Colloque de Cerisy 1994, *Lignes*, n° 25, mai 1995, p. 37

TULKENS Françoise, «Droits de l'homme, droits des femmes. Les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme », in CAFLISCH Lucius, *Human Rights – Strasbourg Views. Droits de l'homme – Regards de Strasbourg*, Kehl-Strasbourg-Arlington, N.P. Engel, 2007, p. 423

TUSSEAU Guillaume, «Problèmes et contradictions du droit anti-discriminatoire appliqué au domaine de la représentation politique des femmes. Regard comparatiste », *RDP*, mars 2008, p. 539

UCCELLARI Paola, « Multiple discrimination : how law can reflect reality », *The Equal Rights Review*, vol. 1, 2008, p. 24

VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1399

VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Matres semper certae sunt? Un pluriel bien singulier », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1373

VEDEL Georges, «La parité mérite mieux qu'un marivaudage législatif», in *Le Piège de la parité. Arguments pour un débat*, Hachette Littératures, 1999, p. 29

VEDEL Georges, «L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ses origines, sa pérennité*, Paris, La Documentation française, 1990, p. 171

VERKINDT Pierre-Yves, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », *Droit social*, 2008, p. 1051

VIALLA François, « Assistance médicale à la procréation : avis du CCNE », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1365

VIALLA François, « Substitution à l'état civil de la mention "sexe neutre" à celle de "sexe masculin" », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2295.

VIALLA François, « Transsexualisme : l'irréversibilité en question », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1648

VIRIOT-BARRIAL Dominique, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2350

WALINE Marcel, « Paradoxe sur l'égalité devant la loi », *Recueil Dalloz*, 1949, p. 26

WAUQUIEZ-MOTTE Laurent, « L'idée coloniale au miroir du Conseil d'État », in MASSOT Jean, *Le Conseil d'État et l'évolution de l'outre-mer français du XVII^e siècle à 1962*, Paris, Dalloz, 2007, p. 76

WESTERN Peter, « The empty idea of equality », *Harvard Law Review*, vol. 95, janvier 1982, p. 537

WILHELM Eugène, « L'hermaphrodite et le droit », *Revue critique*, 1911

XIFARAS Mikhaïl, « Le genre, une question de droit », *Jurisprudence, Revue critique*, 2011, p. 15

YOSHIDA Keina, « Toward intersectionality in the European Court of Human Rights : the case of BS v. Spain », *Feminist Legal Studies*, Vol. 21, 2013, p. 195

ZARCA Alexis, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 429

ZIENTARA-LOGEAY Sandrine, « L'égalité de rémunération entre hommes et femmes : une avancée significative », *Droit social*, 2010, p. 1076

Articles et contributions extra-juridiques

ACHIN Catherine, « "Représentation miroir" vs parité. Les débats parlementaires relatifs à la parité à la lumière des théories politiques de la représentation », *Droit et société*, n° 47, 2002/1, p. 237

AMICE Véronique, BEAUVILLARD Damien, PIRAUD Morgane, « Présentation des techniques de l'assistance médicale à la procréation », in MARAIS Astrid, *La procréation pour tous ?*, Paris, Dalloz, 2015, p. 1

BARD Christine, «L'étrange défaite des suffragistes (1919-1939)», in VIENNOT Eliane, La démocratie à la française ou les femmes indésirables, *Cahiers du CREDEF*, n° 4-5, 1995, p. 77

BAVEREZ Nicolas, «L'égalité, une passion française», *Pouvoirs*, n° 100, 2002, p. 21

BERENI Laure, CHAPPE Vincent, «La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique», *Politix*, 2011/2, n° 94, p. 7

BERENI Laure, LÉPINARD Éléonore, «“Les femmes ne sont pas une catégorie”. Les stratégies de légitimation de la parité en France», *Revue française de science politique*, Vol. 54, 2004/1, p. 71

BIDET Jean, «Égalité des chances et principe de différence», in KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles, *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 51

BODY-GENDROT Sophie, «L'universalisme français à l'épreuve des discriminations», *Hommes et migrations*, n° 1245, septembre-octobre 2003, p. 19

BOFFA Massimo, «Joseph de Maistre», in FURET François, OZOUF Mona, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 1013

BOHUON Anaïs, «Activités – Compétitions sportives – “Test de féminité” : vide juridique et bouleversement de l'ordre sportif», *Jurisport*, n° 96, 2010, p. 42

BOHUON Anaïs, «Sport et bicatégorisation par sexe : test de féminité et ambiguïté du discours médical», *Nouvelles Questions Féministes*, n° 2, 2008/1, p. 80

BORDEAUX Michèle, «L'universalisme juridique et l'impasse de l'égalité», in BRIVE MARIE-FRANCE, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 Avril 1989*, Vol. 1, Toulouse, Presse Universitaire du Mirail, 1989, p. 427

BOUVATTIER Claire, «La détermination du sexe chez l'humain : aspects hormonaux», in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2015, p. 78

CAILLE Frédéric, «Une citoyenneté supérieure. L'improbable “fonction” des membres de la légion d'honneur dans la République», *Revue française de science politique*, Volume 47, n° 1, février 1997, p. 70

CHARTIER Roger, «L'histoire des femmes, XVI^e-XVIII^e siècles», in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Femmes et histoire*, Paris, Plon, 1993, p. 39

CONTI ODORISIO Ginevra, «Les droits naturels et les relations entre les genres : ambiguïté de la nature et certitudes de la société», in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 Avril 1989*, Vol. 1, Toulouse, Presse Universitaire du Mirail, 1989, p. 351

CRAMPE-CASNABET Michèle, « Saisie dans les œuvres philosophiques (XVIII^e siècle) », in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident, XVI^e-XVIII^e siècles*, Tome 3, Paris, Plon, 1991, p. 327

DAUPHIN Sandrine, LETABLIER Marie-Thérèse, « L'articulation de la vie professionnelle et de la vie familiale au cœur de l'europanisation des politiques familiales », *Informations sociales*, n° 175, 2013/1, p. 90

DAUPHIN Sandrine, « Promotion de l'égalité des sexes en France : entre continuité et rupture », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 139

DAUPHIN Sandrine, SÉNAC-SLAWINSKI Réjane, « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un "concept-méthode" », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 5

DAUPHIN Sandrine, « L'élaboration des politiques d'égalité ou les incertitudes du féminisme d'État : une comparaison France/Canada », *Cahiers du genre*, 2006/3, p. 95

DE JAUCOURT Louis, « Femme », in DIDEROT Denis, D'ALEMBERT Jean le Rond, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome 6, 1^{ère} édition, 1751, p. 468

DELPHY Christine, « Par où attaquer le "partage inégal" du "travail ménager" ? », *Nouvelles Questions Féministes*, Vol. 22, 2003/3, p. 47

DESCHAMPS Damien, « Une citoyenneté différée cens civique et assimilation des indigènes dans les établissements français de l'Inde », *Revue française de science politique*, Vol. 47, n° 1, février 1997, p. 49

DESCHAMPS Damien, CAILLE Frédéric, « Citoyens inachevés ou citoyens supérieurs : exemples et questions sur l'instrumentation de la citoyenneté républicaine », *Revue française de science politique*, Vol. 47, n° 1, février 1997, p. 69

DESMAHIS, « Femme (morale) », in DIDEROT Denis, D'ALEMBERT Jean le Rond, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome 6, 1^{ère} édition, 1751, p. 472

DETREZ Christine, « L'évidence du naturel et le naturel de l'évidence », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2015, p. 247

DORLIN Elsa, « De l'usage épistémologique et politique des catégories de "sexe" et de "race" dans les études sur le genre », *Cahiers du genre*, n° 39, 2005/2, p. 83

DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », *Raisons politiques*, n° 18, 2005/2, p. 117

DUCHESNE Sophie, « La citoyenneté en France entre particularisme et universalisme », *Horizons philosophiques*, Vol. 12, n° 1, 2001, p. 87

ECK Hélène, « Les Françaises sous Vichy. Femmes du désastre, citoyennes par le désastre ? », in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident, XX^e siècle*, Tome 5, Paris, Plon, 1992, p. 185

FASSIN Didier, « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, n° 4, 2002, p. 403

FASSIN Eric, « Postface : le genre du sexe », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2015, p. 341

FASSIN Éric, « Au-delà du consentement. Pour une théorie féministe de la séduction », *Raisons politiques*, n° 46, 2012/2, p. 47

FASSIN Éric, « L'empire du genre. L'histoire politique ambiguë d'un outil conceptuel », *L'homme*, n° 187-188, 2008/3, p. 375

FASSIN Éric, « Penser la discrimination positive », in BORRILLO Daniel, *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 55

FASSIN Éric, « Mariage gai : le retour », in FABRE Clotilde, FASSIN Eric, *Liberté, égalité, sexualités*, Paris, Belfond, 2003, p. 287

FAURÉ Christine, « Des droits de l'homme aux droits des femmes : une conversion intellectuelle difficile », in FAURÉ Christine, *Nouvelle encyclopédie politique et historique des femmes*, Paris, Les belles lettres, 2010, p. 247

FOUCAULT Michel, « Le vrai sexe », 1980, in *Dits et écrits*, Tome IV, 1994, n° 287

FOUQUET Annie, « La statistique saisie par le genre », in LAUFER Jacqueline, MARRY Catherine, MARUANI Margaret, *Le travail du genre. Les sciences sociales du travail à l'épreuve des différences de sexe*, Paris, La Découverte, 2003, p. 280

FRAISSE Geneviève, « Le *gender mainstreaming*, vrai en théorie, faux en pratique ? », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 17

FRAISSE Geneviève, « La parité, un mot bon à tout faire », *Travail, genre et sociétés*, n° 7, 2002/1, p. 117

FRAISSE Geneviève, « La démocratie exclusive : un paradigme français », *Pouvoirs*, n° 82, 1997, p. 5

FRAISSE Geneviève, « De la destination au destin. Histoire philosophique de la différence des sexes », in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident, XIX^e siècle*, Tome 4, Paris, Plon, 1991, p. 57

FRASER Nancy, PLOUX Marie., « Multiculturalisme, anti-essentialisme et démocratie radicale. Genèse de l'impasse actuelle de la théorie féministe », *Cahiers du genre*, n° 39, 2005/2, p. 27

FURET François, « Marx », in FURET François, OZOUF Mona, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 1024

GASPARD Françoise, « Du patriarcat au fratriarcat. La parité comme nouvel horizon du féminisme », *Cahiers du genre*, 2011/3, p. 135

GASPARD Françoise, « La parité, pourquoi pas ? », *Pouvoirs*, n° 82, 1997, p. 115

GASPARD Françoise, HEINEN Jacqueline, *L'égalité, une utopie ?*, *Cahiers du genre*, n° 33, 2002, p. 7

GESLOT Christophe, « L'émergence du concept moderne de citoyenneté : l'époque révolutionnaire », in CHIANÉA Gérard, CHABOT Jean-Luc, *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 305

GODINEAU Dominique, « Filles de la liberté et citoyennes révolutionnaires », in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident, XIX^e siècle*, Tome 4, Paris, Plon, 1991, p. 27

GUILLOT Vincent, « Me dire simplement », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2015, p. 296

GUILLOT Vincent, « Intersexes : ne pas avoir le droit de dire ce que l'on ne nous a pas dit que nous étions », *Nouvelles Questions féministes*, Vol. 27, 2008/1, p. 42

HERMSEN Joke, « Proto-féminisme pendant la Révolution ? Belle Van Zuylen et Mme de Staël à propos de Kant et de Rousseau », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 Avril 1989*, Vol. 1, Toulouse, Presse Universitaire du Mirail, 1989, p. 295

IBOS Caroline, « Travail domestique/domesticité », in RENNES Juliette, *Encyclopédie critique du genre*, Paris, La Découverte, 2016, p. 649

JACQUES Béatrice, PURGUES Sonia, « L'entrée des hommes dans le métier de sage-femme. Faire sa place dans un monde professionnel "ultraféminisé" », *Revue française des affaires sociales*, 2012/2, p. 52

JACQUOT Sophie, « De l'égalité à l'emploi : la conciliation travail/famille et la modernisation de la procédure sociale au niveau européen », *RDSS*, 2009, p. 1048

JACQUOT Sophie, « L'instrumentation du *gender mainstreaming* à la Commission européenne : entre "ingénierie sociale" et "ingénierie instrumentale" », *Politique européenne*, n° 20, 2006/3, p. 33

JAUNAIT Alexandre, Chauvin Sébastien, « Représenter l'intersection. Les théories de l'intersectionnalité à l'épreuve des sciences sociales », *Revue française de science politique*, Vol. 62, 2012/1, p. 5

- JENNINGS Jeremy, «L'égalité», in DUCLERT Vincent, PROCHASSON Christophe, *Dictionnaire critique de la République*, Paris Flammarion, 2007, p. 169
- JOUANNET Pierre, «Développement et fonction des organes génitaux», in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2015, p. 64
- JOURNET Odile, «Construire la différence», in *Homme et femme. L'insaisissable différence*, Paris, Les éditions du cerf, 1999, p. 25
- KNIBIEHLER Yvonne, «Les médecins et la "nature féminine" au temps du Code civil», *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 31^e année, n° 4, 1976, p. 824
- KOCZE Angela, «La stérilisation forcée des femmes roms dans l'Europe d'aujourd'hui», *Cahiers du genre*, n° 50, 2011/1, p. 133
- LABORDE Cécile, «La citoyenneté», in DUCLERT Vincent, PROCHASSON Christophe, *Dictionnaire critique de la République*, Paris Flammarion, 2007, p. 117
- LACROIX Bernard, «Les fonctions symboliques des Constitutions : bilan et perspectives», in SEURIN Jean-Louis, MARTRES Jean-Louis, *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 186
- LAGRAVE Rose-Marie, «Une émancipation sous tutelle. Education et travail des femmes au XX^e siècle», in DUBY Georges, PERROT Michelle, THÉBAUD Françoise, *Histoire des femmes en occident, XX^e siècle*, Tome 5, Paris, Plon, 1992, p. 431
- LAUFER Jacqueline, «Entre égalité et inégalités : les droits des femmes dans la sphère professionnelle», *L'Année sociologique*, vol. 53, 2003/1, p. 150
- LEFEUVRE Daniel, «1945-1958 : un million et demi de citoyennes interdites de vote !», *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 1/1995 [en ligne]
- LENDARO Annalisa, «L'origine et le genre. Les discriminations dans le bâtiment et dans l'aide à domicile», *Hommes et Migrations*, n° 1292, 2011, p. 70
- LÉPINARD Eléonore, «From breaking the rule to making the rules : the adoption, entrenchment, and diffusion of gender quotas in France», *Politics, Groups and Identities*, 4:2, 2016, p. 231
- LÉPINARD Eléonore, «Faire la loi, faire le genre. Conflits d'interprétations juridiques sur la parité», *Droit et société*, n° 62, 2006/1, p. 45
- LÉPINARD Eléonore, BERENI Laure, «La parité ou le mythe d'une exception française», *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 73

LEPOINTE Gabriel, « La femme au XIX^e siècle en France », in *La femme. Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Tome X, Bruxelles, Librairie Encyclopédique, 1962, p. 502

LETABLIER Marie-Thérèse, PERRIER Gwenaëlle, « La mise en œuvre du *gender mainstreaming* dans les politiques locales de l'emploi », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 165

LEWIS Jane, « Quels moyens pour promouvoir quelle égalité des sexes ? Les inégalités hommes-femmes dans la division du travail rémunéré et non rémunéré », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2006/1, p. 161

LOCOH Thérèse, HECHT Jacqueline, ANDRO Armelle, « Démographie et genre, de l'implicite à l'explicite », in LAUFER Jacqueline, MARRY Catherine, MARUANI Margaret, *Le travail du genre. Les sciences sociales du travail à l'épreuve des différences de sexe*, Paris, La Découverte, 2003, p. 299

LÖWY Ilana, ROUCH Hélène, « Genèse et développement du concept de genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du genre*, n° 34, 2001/1, p. 5

MANSBRIDGE Jane, SAINT-UPÉRY Marc, « Les noirs doivent-ils être représentés par des noirs et les femmes par des femmes ? Un oui mesuré », *Raisons politiques*, n° 50, 2013/2, p. 53

MARUANI Margaret, « Les *working poors*, version française travailleurs pauvres et/ou salarié(e)s pauvres ? », *Droit social*, 2003, p. 696

MOIZARD Nicolas, « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *RDT*, 2017, p. 267

MOSSUZ-LAVAU Janine, « De la parité comme apport spécifiquement français à la théorie et à la pratique de la discrimination positive », in TSUJIMURA Miyoko, LOCHAK Danièle, *Égalité des sexes : la discrimination positive en question*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 117

MOSSUZ-LAVAU Janine, « La parité en politique. Histoire et premier bilan », *Travail, genre et sociétés*, n° 7, 2002/1, p. 41

MOSSUZ-LAVAU Janine, « Le vote des femmes en France (1945-1993) », *Revue Française de Science politique*, 1993, 43/4, p. 675

OLIVIER Cyril, « Du "crime contre la race". L'avortement dans la France de la Révolution Nationale », in BARD Christine, CHAUVAUD Frédéric, PERROT Michelle, PETIT Jacques-Guy, *Femmes et justice pénale, XIXe-XXe siècle*, Presses Universitaires de Rennes, 2002, p. 255

OZOUF Mona, « Égalité », in FURET François, OZOUF Mona, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 700

PLANTÉ Christine, « Pour ne pas conclure », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2015, p. 321

PERELMAN Chaïm, « Égalité et valeurs », in *Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, L'égalité*, Vol. I, 1971, p. 319

PERELMAN Chaïm, « Liberté, égalité et intérêt général », in *Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, L'égalité*, Vol. V, 1977, p. 6

PERELMAN Chaïm, « Égalité et justice », in *Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, L'égalité*, Vol. V, 1977, p. 324

PÉRIVIER Hélène, « Réduire les inégalités professionnelles en réformant le congé de paternité », OFCE, *Policy brief*, 12 janvier 2017, p. 1

PERREAU Bruno, « L'invention républicaine. Élément d'une herméneutique minoritaire », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 41

PERREAU Bruno, « L'égalité introuvable. Homosexualité et adoption en France : une politique publique jurisprudentielle », *Nouvelles Questions Féministes*, Vol. 22, 2003/3, p. 44

PERROT Michelle, « En marge : célibataires et solitaires », in ARIÈS Philippe, DUBY Georges, *Histoire de la vie privée. IV : De la Révolution à la Grande Guerre*, Seuil, 1999, p. 287

PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, FONTON Michèle, « Sexe biologique et sexe social », in HURTIG Marie-Claude, KAIL Michèle, ROUCH Hélène, *Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS Éditions, 2002, p. 41

PFEFFERKORN Roland, « Les politiques publiques et la question de l'égalité hommes-femmes », *Cahiers du genre*, n° 32, 2002/1, p. 87

POIRET Christian, « Articuler les rapports de sexe, de classe et interethniques. Quelques enseignements du débat nord-américain », *Revue européenne des migrations internationales*, Vol. 21, n° 1, 2005, p. 195

POLLARD Miranda, « Women and the National Revolution », in RODERICK Keward, ROGER Austin, *Vichy France and the Resistance*, London, Croom Helm, 1985, p. 36

PRIMI Alice, « La question des femmes au XIX^e siècle », in RIOT-SARCEY Michèle, *De la différence des sexes. Le genre en histoire*, Paris, Larousse, 2010, p. 185

RENNES Juliette, « Illégitimer les distinctions en droit. Stratégies politiques et enjeux épistémologiques », *Politix*, n° 94, 2012/2, p. 35

RHODE Deborah, « The politics of paradigms : gender difference and gender disadvantage », in PHILLIPS Anne, *Feminism and Politics*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 344

RINGELHEIM Julie, « La statistique : un outil au service de la lutte contre les discriminations », *Mouvements*, n° 62, 2010/2, p. 125

RIOT-SARCEY Michèle, «De l'historicité du genre citoyen», in JOST HANS Ulrich, PAVILLON Monique, VALLOTTON François, *La politique des droits. Citoyenneté et construction des genres aux XIX^e et XX^e siècles*, Paris, Éditions Kimé, 1994, p. 43

ROCHEFORT Florence, «Du droit des femmes au féminisme en Europe, 1860-1914», in FAURÉ Christine, *Nouvelle encyclopédie politique et historique des femmes*, Paris, Les Belles Lettres, 2010, p. 669

RUDELLE Odile, «Droits politiques des femmes européennes : bilan des deux guerres mondiales», in FAURÉ Christine, *Nouvelle encyclopédie politique et historique des femmes*, Paris, Les Belles Lettres, 2010, p. 695

SAADA Emmanuelle, «La République des indigènes», in DUCLERT Vincent, PROCHASSON Christophe, *Dictionnaire critique de la République*, Paris Flammarion, 2007, p. 364

SAADA Emmanuelle, «Penser le fait colonial à travers le droit en 1900», *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2009/1 n° 27, p. 103

SAADA Emmanuelle, «La République dans l'histoire coloniale», *Cahiers Jaurès*, 2003/3 n° 169-170, p. 41

SAADA Emmanuelle, «Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale», *Genèses*, 2003/4 n° 53, p. 4

SCOTT Joan, «L'énigme de l'égalité», in *L'égalité, une utopie ?*, *Cahiers du genre* n° 33, 2002, p. 17

SCOTT Joan, «Les femmes qui n'ont que des paradoxes à offrir. Féministes françaises 1789-1945», in JOST HANS Ulrich, PAVILLON Monique, VALLOTTON François, *La politique des droits. Citoyenneté et construction des genres au XIX^e et XX^e siècles*, Paris, Kimé, 1994, p. 11

SCOTT Joan, «Deconstructing Equality versus Difference : or, the uses of poststructuralist theory for feminism», *Feminist Studies*, 1988, Vol. 14 : 1, p. 33

SCOTT Joan, «Genre : une catégorie utile d'analyse historique», in SCOTT Joan, *Le genre de l'histoire*, *Cahiers du GRIF*, 1988, p. 125

SÉNAC Réjane, «L'institutionnalisation d'une égalité dans la différence : parité, diversité, intersectionnalité», 12^e congrès de l'Association française de science politique (AFSP), section thématique 65 : *Des politiques de l'intersectionnalité : un regard comparatif sur l'institutionnalisation du traitement des discriminations multiples en Europe*, Paris, Sciences Po, juillet 2013

SÉNAC-SLAWINSKI Réjane, «Du gendermainstreaming au paritarisme : genèse d'un concept controversé», *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 27

SÉNAC-SLAWINSKI Réjane, «L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français», *Droit et société*, n° 62, 2006/1, p. 68

SIMON Patrick, « Révéler les inégalités. Entretien avec Louis Maurin », *Mouvements*, n° 62, 2010/2, p. 143

SIMON Patrick, « Introduction au dossier : la construction des discriminations », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004/1, p. 5

SIMON Patrick, « L'impasse de l'analyse statistique dans une France sans race », *Hommes et Migrations*, n° 1245, septembre-octobre 2003, p. 42

SIMON Patrick, STAVO-DEBAUGE Joan, « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004/1, p. 57

SLEDZIEWSKI Elisabeth, « Révolution française. Le tournant », in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident, XIX^e siècle*, Tome 4, Paris, Plon, 1991, p. 43

SLEDZIEWSKI Elisabeth, « La femme dans la législation révolutionnaire », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 Avril 1989*, Volume 1, Toulouse, Presse Universitaire du Mirail, 1989, p. 411

STEVANOVIC Biljana, MOSCONI Nicole, « L'École Polytechnique Féminine : une mixité paradoxale », *Revue française de pédagogie*, n° 150, janvier, février, mars 2005, p. 20

TEYSSIÈRE Daniel, « Fonctionnalisme sexuel et privatisation de la femme chez Cabanis et quelques autres », in BRIVE Marie-France, *Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international des 12-13-14 Avril 1989*, Vol. 1, Toulouse, Presse Universitaire du Mirail, 1989, p. 343

THÉBAUD Françoise, « Le genre et la démocratie au XX^e siècle », in RIOT-SARCEY Michèle, *De la différence des sexes. Le genre en histoire*, Paris, Larousse, 2010, p. 187

THÉBAUD Françoise, « Guerre, civisme et citoyenneté des femmes », in VIENNOT Eliane, *La démocratie à la française ou les femmes indésirables*, Cahiers du CREDEF, n° 4-5, 1995, p. 81

THÉBAUD Françoise, « La grande guerre », in DUBY Georges, PERROT Michelle, *Histoire des femmes en occident, XX^e siècle*, Tome 5, Paris, Plon, 1992, p. 31

THÉRY Irène, « Le contrat d'union civil en question », *Esprit*, n° 10, octobre 1997, p. 159

TUMMERS Lidewij, « Stéréotypes de genre dans la pratique de l'urbanisme », *Travail, genre et société*, n° 33, 2015/1, p. 67

WEIL Patrick, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », European University Institute, Florence, 2003 [en ligne]

WIELS Joëlle, « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », in PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2015, p. 42

WOODWARD Alison, « Est-il trop tard pour une approche intégrée de l'égalité ? », *Cahiers du genre*, n° 44, 2008/1, p. 95

Études et Rapports institutionnels

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *The fundamental rights situation of intersex people*, avril 2015

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Être trans dans l'Union européenne. Analyse comparative des données de l'enquête sur les personnes LGBT dans l'UE*, 2014

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États de l'Union européenne*, Rapport de synthèse, 2009

ANANIAN Sévane, *L'activité des mères de jeunes enfants après la mise en place du complément de libre choix d'activité*, Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES), mai 2010

ANDRÉ Michèle, *Femmes et sports*, Rapport d'activité fait pour l'année 2010-2011 au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, enregistré à la présidence du Sénat le 21 juin 2011

ANDRÉ Michèle, *Les femmes dans les lieux de privation de liberté*, Rapport d'activité fait pour l'année 2009 au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, enregistré à la présidence du Sénat le 11 décembre 2009

ANZIANI Alain, Rapport n° 619 (2011-2012) fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif au harcèlement sexuel, déposé le 27 juin 2012 au Sénat

BARÈGES Brigitte, Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, Premier ministre, novembre 2010

BECHROURI Nassera, BENICHO Sarah, BLANCHARD Romain, DEMANGEON Marika, LEVESQUE Clémence, *L'emploi des femmes en situation de handicap. Analyse exploratoire sur les discriminations multiples*, Défenseur des droits, novembre 2016, URL : http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_sur_lemploi_des_femmes_en_situation_de_handicap-accessiblefinal.pdf.

BENBASSA Esther, LECERF Jean-René, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles relatif à la lutte contre les discriminations, enregistrée à la présidence du Sénat du 12 novembre 2014

BILLON Annick, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, enregistré à la présidence du Sénat le 17 juillet 2018

BINET Erwann, Rapport n° 628 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, tomes I et II, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2013

BLONDIN Maryvonne, BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel: lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport d'information n° 144 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, enregistré à la présidence du Sénat le 23 février 2017

BOCANDÉ Annick, Rapport n° 251 (2000-2001) de fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, déposé le 4 avril 2001 au Sénat

BOUCHOUX Corinne, CONWAY-MOURET Hélène, GONTHIER-MAURIN Brigitte, JOUANNO Chantal, LABORDE Françoise, LOPEZ Vivette, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes à la suite de la rencontre avec des femmes de la Défense, enregistré à la présidence du Sénat le 26 mars 2015

BRANGER Jean-Guy, Rapport d'information n° 229 (2004-2005) fait au nom de la délégation aux droits des femmes sur la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, déposé le 9 mars 2005 au Sénat

BUFFET Marie-George, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi visant à agir concrètement en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 janvier 2017

BUISSON Ferdinand, Rapport fait au nom de la Commission du suffrage universel, sur la proposition de loi de M. Dussaussoy tendant à accorder aux femmes le droit de vote dans les élections aux Conseils municipaux, aux Conseils d'arrondissement et aux Conseils généraux, 16 juillet 1909

BURRI Susanne, SCHIEK Dagmar, *Multiple discrimination in EU law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ?*, Commission européenne, février 2009

CABANEL Guy, Rapport n° 231 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, 23 février 2000 au Sénat

CABANEL Guy, Rapport n° 156 (1998-1999) fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, déposé le 20 janvier 1999 au Sénat

CASTAGNOLI Christina, *Les droits des personnes transgenres dans les États membres de l'Union européenne*, Rapport pour la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, 2010

CLÉMENT Jean-Michel et LE BOUILLONEC Jean-Yves, Rapport n° 3904 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 30 juin 2016

CLÉMENT Jean-Michel, LE BOUILLONEC Jean-Yves, Rapport n° 3726 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 mai 2016

CLERGEAU Françoise, Rapport n° 3345 présenté au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 (n° 3307), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 octobre 2001

COLMOU Anne-Marie, *L'encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes. Quels obstacles ? Quelles solutions ?*, Rapport présenté au ministre de la Fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation, février 1999

Comité consultatif national d'éthique, *États généraux de la bioéthique*, Rapport de synthèse du CCNE – Opinions du Comité citoyen, juin 2018

Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution présidé par Simone VEIL, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, Paris, La Documentation française, décembre 2008

Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Conseil de l'Europe, juin 2015

Commission alternative de réflexion sur les « statistiques ethniques » et les discriminations, *Le retour de la race. Contre les « statistiques ethniques »*, Paris, Éditions de l'aube, 2009

Conseil d'État, *L'intérêt général*, Paris, La Documentation française, 2000

Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, n° 48, 1997

CROZON Pascale, Rapport n° 86 sur le projet de loi relatif au harcèlement sexuel, enregistré la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 juillet 2012

COUELLE Catherine, Rapport d'information n° 1875 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre hommes et les femmes, sur la question des femmes et du système fiscal, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 10 avril 2014

DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La Documentation française, septembre 1999

DE RICHEMONT Henri, Rapport n° 145 (2007-2008) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, déposé le 19 décembre 2007 au Sénat

DÉTRAIGNE Yves, Rapport n° 839 (2015-2016) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, déposé le 21 septembre 2016 au Sénat

DEYDIER Brigitte, *Femmes et sports*, rapport remis au ministre de la Jeunesse, des Sports et de la Vie Associative et à la ministre de la Parité et de l'Égalité Professionnelle, avril 2004

DINI Mugnette, Rapport n° 253 (2007-2008) fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de lutte contre les discriminations, déposé le 2 avril 2008 au Sénat

Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, *Lutter contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois*, 2007, URL : <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=776&langId=fr>

DREYFUS-SCHMIDT, Rapport n° 53 (2003-2004) fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif à la parité entre hommes et femmes sur les listes de candidats à l'élection des membres de l'Assemblée de Corse, déposé le 5 novembre 2003 au Sénat

GAILLARD Claude, Rapport n° 1157 présenté au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2004 (n° 1106), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 octobre 2003

GARON-AUDY Muriel, *Pour une approche intégrée de la discrimination systémique : convergences et contributions des sciences sociales et du droit*, Commission des droits de la personne du Québec, 1986

GÉLARD Patrice, Rapport n° 120 (2003-2004) fait au nom de la commission des lois, déposé le 17 décembre 2003 au Sénat

GÉNISSON Catherine, Rapport fait au nom des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 janvier 2001

GÉNISSON Catherine, *Femmes-hommes : quelle égalité professionnelle ?*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1999

GHILARDOTTI Fiorella, *Rapport sur le gender budgeting – l'établissement des budgets publics selon la perspective de genre* (2002/2198(INI)), Parlement européen, Commission des droits de la femme et de l'égalité des chances, juin 2003

GOLDET Cécile, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles du Sénat sur le projet de loi modifiant l'article 7 de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, n° 92, 1^{ère} session ordinaire, 1981-1982

GOUZES Gérard, Rapport n° 2911 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur la proposition de loi relative au nom patronymique, enregistré à l'Assemblée nationale le 1^{er} février 2001

GRÉSY Brigitte, GEORGES Philippe, *L'égalité entre les filles et les garçons dans les modes d'accueil de la petite enfance*, Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS), décembre 2012

GRÉSY Brigitte, *L'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et familiales dans le monde du travail*, Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS), juin 2011

GRÉSY Brigitte, ZIMMERMANN Sylvie, PARESCI Christophe, *La charte de l'égalité. Pour l'égalité des hommes et des femmes, la France s'engage*, ministère des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, ministère délégué à la Parité et à l'Égalité professionnelle, 2004

Groupe d'Étude et de Lutte contre les Discriminations (GELD), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Note n° 2, octobre 2000

Groupe de spécialistes sur l'intégration d'une perspective de genre dans le processus budgétaire (EG-S-GB), Rapport final EG-S-GB (2004) RAP FIN, Direction générale des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, 2005

Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, Direction générale des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, mai 1998 (version française 2004)

HALDE, *Comparer les emplois : de nouvelles pistes vers l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, Paris, La Documentation française, 2010

HALIMI Gisèle, *Rapport de la commission pour la parité entre les femmes et les hommes dans la vie politique*, Paris, La Documentation française, 1999

HAMMADI Razy, BIES Philippe, CHAPDELAIN Marie-Anne, CORRE Valérie, Rapport sur le projet de loi « égalité et citoyenneté », enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 juin 2016

HAMMARBERG Thomas, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Conseil de l'Europe, décembre 2011

HAMMARBERG Thomas, *Droits de l'homme et identité de genre*, Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Conseil de l'Europe, octobre 2009

Haute Autorité de santé (HAS), *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, novembre 2009

Haut Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies, *Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, A/HRC/19/41, mai 2015

Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *La santé et l'accès aux soins : une urgence pour les femmes en situation de précarité*, Rapport n° 2017-05-29-SAN-O27, 2017

Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Rapport intermédiaire d'évaluation du 4^e plan interministériel de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes*, Rapport n° 2016-04-19-VIO-20, 2016

Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Faire des personnels enseignants et d'éducation les moteurs de l'apprentissage et de l'expérience de l'égalité*, Rapport n° 2016-12-12-STER-025, 2017

Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Vers un égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles : la part des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance*, Rapport n° 2016-01-15-PAR-019, 2016

Haut Conseil à l'égalité, *Parité en politique : entre progrès et stagnations. Évaluation de la mise en œuvre des lois dites de parité dans le cadre des élections de 2014 : municipales et communautaires, européennes, sénatoriales*, Rapport n° 2015-02-26-PAR-015, 2015

Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Pour l'égalité femmes-hommes et contre les stéréotypes de sexe, conditionner les financements publics*, Rapport n° 2014-10-20-STER-013 relatif à la lutte contre les stéréotypes, 2014

Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Combattre maintenant les inégalités sexuées, sociales et territoriales dans les quartiers de la politique de la ville et les territoires ruraux fragilisés*, Rapport n° 2014-06-19-EGALITER-012, 2014

HYEST Jean-Jacques, Rapport n° 387 (2007-2008) fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République, déposé le 11 juin 2008 au Sénat

Inspection générale de l'Éducation nationale, *Évaluation du dispositif expérimental « ABCD de l'égalité »*, Rapport n° 2014-047 au ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, juin 2014

LE COTTY Rachel, *État civil – Rectification des actes de l'état civil – Mention du sexe neutre*, Rapport n° Q1617189 sous l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2017

LANQUETIN Marie-Thérèse, *La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique : approche juridique*, Synthèse du Rapport Final Convention de recherche FASILD / Service des Droits des Femmes ministère de l'Emploi et de la Solidarité, décembre 2002

LEMIÈRE Séverine, *L'accès à l'emploi des femmes, une question de politiques*, Rapport de la mission sur l'emploi des femmes, ministère des Droits des femmes, mars-octobre 2013

LEROY Michel, *L'égalité entre les filles et les garçons dans les écoles et les établissements*, Rapport n° 2013-041 de l'Inspection générale de l'Éducation nationale adressé au ministre de l'Éducation nationale, mai 2013

LETABLIER Marie-Thérèse, LANQUETIN Marie-Thérèse, *Concilier travail et famille en France. Approches socio-juridiques*, Centre d'étude de l'emploi, Paris, La Documentation française, 2005

LEVY Geneviève, rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi (n° 1338) relatif au divorce, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 3 mars 2004

LLOTARD Kartika Tamara, *Rapport sur l'élimination des stéréotypes liés au genre dans l'Union* (2012/2116(INI)), Parlement européen, Commission des droits de la femme et de l'égalité des genres, décembre 2012

MARNAS Annick, MAGUER Annie, KACHOUKH Fériel, *La discrimination multicritère à l'encontre des femmes immigrées ou issues de l'immigration sur le marché du travail*, Étude de la HALDE, mars 2011

MICHEL Jean-Pierre, Rapport n° 437 (2012-2013) fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, déposé le 20 mars 2013 au Sénat

MONRIQUE Michèle, *Place des femmes dans la professionnalisation des armées*, Rapport du Conseil économique et social, 2004

NAVES Marie-Cécile, WISNIA-WEIL Vanessa, *Lutter contre les stéréotypes filles-garçon. Un enjeu d'égalité et de mixité dès l'enfance*, Premier ministre, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, janvier 2014

RIXAIN Marie-Pierre, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 20 juin 2018

SITTLER Esther, Rapport n° 435 (2004-2005) fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, déposé le 29 juin 2005 au Sénat

TABAROT Michèle, *Le développement de l'offre d'accueil de la petite enfance*, Rapport pour le Premier ministre, Paris, La Documentation française, juillet 2008

TASCA Catherine, Rapport n° 1451 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 10 mars 1999

TASCA Catherine, Rapport n° 1240 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 2 décembre 1998

THÉRY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origine, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport remis au ministère des Affaires sociales et de la Santé et au ministère délégué chargé de la Famille, 2014,

TOBLER Christa, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, rapport de la Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, septembre 2008

TRAORE Boubou, *Filles et garçons sur le chemin de l'égalité de l'école à l'enseignement supérieur*, Direction de l'évaluation de la prospective et de la performance du ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, 2016

VASSEUR Isabelle, Rapport n° 695 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 514) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 février 2008

VUILQUE Philippe, Rapport n° 2609 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi (n° 2566) de Jean le Garrec relative à la lutte contre les discriminations, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 4 octobre 2000

Index

Les indications correspondent aux numéros de paragraphes.

A

Accès aux biens et aux services : 8, **398-412**, 720, 748.

Accouchement : 625, 822, **1036**, 1039-1045, 1049, 1075, 1086, 1091, 1112, 1115.

Accouchement sous X : 1039, 1092-1094, 1102-1108, 1128-1135.

Acte de naissance : 304, 740, **911-915**, 939, 957-958, 992, 1036-1037, 1046, 1047, 1063, 1071, 1120.

Action à fins de subsides : 1111-1112.

Action en recherche de paternité : 1052, **1056-1057**, 1067, **1103-1107**, 1109, 1112.

Action en contestation de paternité : 1056-1058.

Actions positives : 418 (définition), **461 et s.**

Adoption : 325-328, 843, 865-868, 872-875, 885-889, 1021, 1095, 1062-1065, 1122-1124, nbp 1000.

Adultère : 146, 134, 314, nbp 452, nbp 282, nbp 758.

Allaitement : 244, 769, 1147.

Allocations familiales : 237, 244, 274, 422.

Altérité sexuelle : 2, 430, **875-878**, **880-888**, 1053.

AMP

- Conditions : 329, **1066-1069**, 1043, 1081, 1103.

- ouverture aux couples de même sexe : 326, 886, **1095-1099**.

Ancien Régime : 51-56, 130-132, 174, 199.

Androcentrisme : 269, **271-272**, 574, 629, 1161.

Anonymat du don de gamètes : 329, 1130, 1133-1134, 1043, 1067.

Apparence physique : **740-743**, 770, 927, 957-958, 964, 978, 996, **1009-1011**.

Armée : 174, 263, 383, 686, 767, 1016, nbp 3474.

Autonomie : 55, 81, 85, 120, 125, 127, **160-161**, 164, **616-621**, **734 et s.**, 766, 1128.

Autorité parentale : 132, **319-322**, 853, 866, 873.

Avortement : 246-247, 589, 618, 620, 622-624, 1102.

B

Bonification d'ancienneté : 435-456.

C

Care : 207, 576, 727, 814, 817, 832.

Canada : 594, 644, 665.

Capacité : 81, 96, 127, 144, 148, 162-163, 194-195, 239, 261, 300, 308, 363, 541, 543.

Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes : 520, 588, 618, 630, 646, 1141.

Chef de famille : 127, 163, 167, 209, 237, 240, 300, 673.

Communautarisme : 289, 473, 716.
Comparaison : 512, 595-593, 584-585, 596, 625, **684-693**, 750, 774-775, 1018, 1146.
Conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle : 450, 679, 769, **815-821**, 830, 1142, 1147.

Congé

- d'adoption : 432, 446, 825, 1145, **1151-1153**.
- de maternité : 447, 449, 596-598, 779, 823, **1136-1153**.
- parental : 427, 449, 451, 675, 686, 767, **817-819**, **824-827**, 1139.
- de paternité : 446, **822-823**, 1028.

Conseil d'administration et de surveillance des entreprises : 491, 550, 563.

Contraception : 616-617, 620, 1105.

Contrat social : 53-54, 117, 126, 158, 160.

Contrat sexuel : 160.

Conventions collectives : 388, 391, 392, 396, 675.

D

Dérogação : 87, 346, 369-382, 400, 402, **478-496**, 1141.

Discrimination

- additive : 652, **656-658**, 662.
- directe : 582, 595, 679, 683, 685, 692, 701, 707, 846, 873.
- indirecte : 10, 448-453, 585, **665-725**.
- multiple : 646, 650-658, 662.
- systémique : 669, 679, 814, 818.

Divorce : 133, 138, 140, 145, 238, **314-315**, 320, 766, 1088.

Droit colonial : 99-107.

Droit des biens : 139, 144.

Droit postrévolutionnaire : 75, 86, 129, **142-147**, 155-156.

Droit subjectif : 60, **511-519**.

Droits reproductifs : 616-617, 620, 627.

E

Éducation : 153-154, 241, **333-339**, 401, **805-806**.

Égalité

- dans la loi : 8, 293, 354.
- devant la loi (définition) : 8, **63-65**.
- de rémunération : **390-393**, 456.
- de résultat : 9, 461, 521-522, 529, 535, 545-560.
- des chances : 9, 524-533, 543-550, 556, 565, 567.
- formelle (définition) : 8, 287.
- matérielle : 10, 12, 36, 1107.
- professionnelle : 287, 388, 395, 397, 823.
- réelle (définition) : 9, nbp 1287 et 1618.
- substantielle (définition) : 9, nbp 1287.
- transformative : 29, **727**, 729, 772, 784, 804, 806, 877, 1162.

Emplois publics : 51, 68, 84, 174, **365-386**, 525, 564.

Esclavage : 60, 72-73, 99, 629.

Espace public : 175, 202, 807, 813.

États-Unis : 593, 603, 643, 656, 665, 764-765, 766, 773-775, 779-780, 862-863, 978, 1048, 1075, 1141.

Étrangers : 68-70, 108, 648, 650, nbp 915.

Excision : 661, 811, nbp 2041 et 2071.

Expertises biologiques : 1039-1040, 1055, 1058-1059, 1103, 1111.

F

Familialisme : 166-167, 209, 235 et s., 275, 820.
Fédérations sportives : 492-495, 977, nbp 1261 et 1809.
Féminicide : 641.
Féminismes : 176, 182, 185-186, 205, 209, 214, 223, 629, 643, 814, 1125, nbp 590, nbp 602, nbp 1994, nbp 2106.
Finances publiques : voir *genderbudgeting*.
Flexibilité du temps de travail : 816, **819**.
Fonctions politiques : 178, 195, 270-271, 490, 551, 553, 560-561, 565, 1161.
Formation professionnelle : 338-339, 342, 395, 675, 711, 790.

G

Garde d'enfants : 769, **828-832**.
Gendermainstreaming : 787-791.
Genderbudgeting : 793-801.
Genre
- définition : 32-33, 574, 577, 896.
- dysphorie de genre : 740, 743.
- identité de genre : **743-755**, 756, 806, 953, 955, 978, 994, 996, 999, 1004, 1008-1111.
- théorie du genre : 2, 751, 806.
GPA : 886, **1042-1049**, 1095, 1097-1098, **1119-1127**.
Grossesse : 272, 346, 394, 396, **593-600**, 614, 625, 822, 1075, 1091, 1093, 1115, 1121, 1133, 1134, 1138-1139, 1142, 1149, 1152.
Guerre : 155, 194, 218, 226, 261, 629, nbp 693.

H

Handicap : 20, 647, 648, 650, 658, 699, nbp 2125, nbp 2128, nbp 2210.
Harcèlement sexiste : 605, 608, **809-811**.
Harcèlement sexuel : 601-614.
Hétéronormativité : 835, 836, 838, 852, 856.
Homoparentalité : 865-868, 872-875, 885-888, 1095-1099.
Homophobie : 639, **851-853**, 860.

I

Impôt : 51, 54, 195, 277, **797-801**, nbp 647, nbp 1489.
Indigènes : voir droit colonial.
Intersectionnalité : 643, 649, 651, 653-654, nbp 2696.
Intersexuation (définition) : 931-934.
IVG : 616, 618, 619, 620, 1102.

J

Jurys de concours : **537-539**, 548-549, 555, 556, 564.

L

Laïcité : 108-109, 137.
Licenciement : 109, 593, 597, 598, 608, 675, 750, 754, 770, 779, 882, 853, 1142, 1145, 1147, 1151, 1152.

M

Marge d'appréciation : 489, 533, 622, 841-842, 847, 870, 872-875, 883, 999.
Mariage forcé : 631, 637, 811.

Mariage des couples de personnes de même sexe : 1, 3, 303, 307, 325, 327, 858-863, 870-871, 878-884, 1025-1034.

Masculinité : 760, 771.

Maternité : 185, 207, 211, 243-244, 274-276, 394, 475, 1035-1036, 1042-1049, 1115 et s.

Méritocratique : 80-81, 97, 521, 524, 528, 530, 536, 538-541, 548, 556-557.

Mesures préférentielles : 9, 12, 418, **420-460**.

Minorité : 10, 54, 109, 473-474, 648, 652, 1007.

Mixité scolaire : **336-337**, 401.

N

Nom de famille : 304-307, 323-325, 1030-1034.

O

Opération chirurgicale

- de conformation sexuée : 945-955.

- de réassignation sexuelle : 743, 745, 983-984.

P

Pacs : 858, 860, 861, 879, 881, nbp 2956.

Parité : 88, 462, **470-477**, 484, 501-510, 516, 535, 547, 553-554, 557, 559, 561-562, 1161.

Plafond de verre : 490, 556, 563, nbp 1786.

Police : 378-379, 487, nbp 1136, nbp 1137, nbp 1140, nbp 1141.

Possession d'état : 746, 1021, 1035-1037, 1039-1040, 1042, 1056-1057, 1091,

Présomption de paternité : 1000, 1019, 1028, **1038**, 1040, 1057, 1076, 1079, 1091.

Préjugés : 44, 161, 166, 172, 196, 589, 670, 721, 762, 763, **776-777**, nbp 2502.

Prison : 378, 977, nbp 1137, nbp 1141, nbp 1154, nbp 1167, nbp 3475.

Procédure de changement de sexe : 734, 736-746, 961-966.

Procédure de rectification de la mention du sexe : 956-966.

Preuve : 373-374, 393, 409, 427, 447, 598-599, 604, 606, 638, 656-658, 661, 679, **682-704**, **706-714**, 739, 746, **774-777**, 911, 957, 959, 962, 978, 1009, **1058-1059**, nbp 1115.

Primes d'assurance : 407-412.

Principe (définition) : 356-360, 513.

Principe de non-discrimination (définition) : 8, 30, 40, 260, 265, 288, 357-360.

Principe d'indisponibilité de l'état des personnes : 736-742, 744-745, 896, 901, 910, 962, 995-996, 1042, 1125.

Prostitution : 151, 629-630, **637**, 662.

Puissance maritale/paternelle : 132, 135-136, 139, 140, 144, 240, 300, 319, 1023.

Q

Quotas : 9, 377, 383-384, 468, 470-475, 484, 487, 491, 496, 529-533, 538-539, 541, 548-550, 556.

R

Race : 20, **100-101**, 107, 234, 258, 262, 265, 267, 643, 655, 656, 665, 699, 777, 978, 1006, 1161, 1164.

Recrutement : 362, **368-385**, 525, 531, 533, 538, 548, 1016.

Régimes matrimoniaux : 139, 144, **312-313**.

Religion : 101, 109, 234, 258, 262, 265, 647, 660, 665, 720, 978, 1006, 1161.

Représentation : 475.

Répudiation : 316, nbp 341.

Retraite : 273, 418, 420, 423-429, 434-459, 483, 669, 678-679, 708, 713, 724, 781, 814, 818.

S

Scrutin

- binominal : 553, nbp 1705.

- de liste : 553, 561-562.

- Uninominal : 507, 561-562.

Ségrégation professionnelle : 331, 337, **339-340**, 668, 675-676, 678, 691, 1011.

Service public : 54, 404, 720, 806.

Sexe biologique : 33, 148, 727-733, 739, 741, 748, 755, 806, **920-922**, 940, 946, 1080.

Sexe neutre : 17, 935, 987, **991-1000**, 1003, 1011, 1013.

Sport : 402, 404, 804, 934, 977, 984.

Statistiques : 408, 449, 455, 632, 661, 679, 682, **695-704**, 791.

Stéréotypes : 3, **578**, 636, 644, 648, 652, 668, 721, **729, 756-784**, 795, 803-806, 810-811, 813, 950, 1009, 1088, 1139, 1154.

Succession : 132, 135.

Suffrage universel : 75, **89-98**, 163, 171, **192-193**, 196, 202, 213.

T

Temps partiel : 669, 674-675, 679-680, 688, 697, 700-701, 708, 711, 719, 800, **819-820**.

Théorie féministe du droit : 584, 615, 629.

Transgenre : 17, 35, 735, **740**, 743-755, 809, 902, 990, 1009, 1012, 1077, 1079, 1081, 1158.

Transidentitaire : 734, 736, 747, 755, 1004.

Transports : 400, 789, **810**, nbp 2721.

Transsexualisme : 736, 739, 742, 926, 932, 962, 1004, 1009.

Travail de nuit : **345-351**, 762.

Travail de valeur égale : 390-392, 691.

Travail féminin : 149-150, 163, 249, 310.

Travail souterrain : 353.

U

Universalisme républicain : 45, 46, 88, 99, 108, 110-111, 473.

Urbanisme : 812.

V

Valeurs : 26-27, 44, 69, 99-100, 105, 107-110, 186, 191, 258, 270, 358, 475, 495, 882, 910.

Vichy : 219, 222, **233-257**, 275.

Viol : 146, 636, 638, 952.

Violences sexuelles : 34, 589, 615, **628-641**, 809-810.

Violences conjugales : 628, 632, 635-636, 641, 650.

Violences de genre : 638, 809.

Vote familial : 167, 209, 261.

Vulnérabilité : 259, 275, 573, 634, 641, 646, 662, 811, 977, 1145, 1149, nbp 2108 et 2109.

Table des matières

Introduction	1
I. Le constat de l’ambivalence des rapports entre le principe d’égalité et les différences	3
II. Intérêt du sujet et problématique : la complexité du processus de légitimation de la différence des sexes au regard du principe d’égalité.....	10
III. Méthodologie de la recherche : une étude des discours de légitimation de la différence des sexes	16
IV. Champ de l’analyse et démarche de la thèse : l’égalité des sexes s’opposant à la hiérarchie de genre mais non à la différence des sexes	20
Partie I. La construction juridique de l’égalité des sexes : entre différenciation et indifférenciation	27
Titre I. Le principe d’égalité maintenant la différenciation entre les sexes	29
Chapitre I. L’affirmation révolutionnaire du principe d’égalité : la légitimation des inégalités entre les femmes et les hommes	31
Section I. L’égalité comme processus d’unification et d’exclusion : le mythe de l’universalisme républicain	33
I. Le principe d’égalité conçu lors de la Révolution pour admettre des exclusions	33
A. L’importance du principe d’égalité comme rejet de certains privilèges.....	34
1) La revendication égalitaire de 1789 opposée à certains privilèges et à la société d’ordres de l’Ancien Régime	34
2) L’application du principe juridique d’égalité à une communauté de citoyens : l’égalité des droits par l’égalité devant la loi.....	38
B. La création de nouveaux critères d’exclusion.....	44
1) L’égalité des droits appliquée à la sphère des citoyens conduisant à l’exclusion des non-citoyens	44
2) Des inégalités au sein même de la communauté des citoyens	51

II. L'universalisme républicain construit sur une hiérarchisation des catégories d'individus.....	57
A. Les exclus du suffrage universel.....	58
B. L'écart entre un droit métropolitain universel et un droit colonial hiérarchisant.....	63
Section II. La légitimation des inégalités juridiques entre les hommes et les femmes par la construction du genre.....	73
I. La différence naturelle entre hommes et femmes comme justification des inégalités au sein de la sphère privée.....	74
A. La construction du sujet féminin, complémentaire et inférieur, cantonné à la sphère domestique.....	75
B. De l'ouverture des droits civils sous la Révolution à l'affirmation de l'inégalité des droits sous le Code civil.....	83
1) La mise en place d'une égalité civile limitée par le droit intermédiaire de la Révolution.....	84
2) La consécration d'un droit civil inégalitaire par le Code civil : le refus d'une citoyenneté civile.....	89
II. L'exclusion des femmes de la sphère publique légitimée par leur rôle dans la sphère privée.....	99
A. Les femmes pensées comme membres dépendants de la famille.....	99
B. L'évidence de l'exclusion des femmes dans les textes juridiques.....	105
Chapitre II. L'affirmation constitutionnelle de l'égalité entre les femmes et les hommes par l'extension explicite des droits de l'homme aux femmes.....	117
Section I. L'inclusion explicite des femmes dans la communauté des citoyens.....	121
I. Des propositions de loi suffragistes sous la III ^e République, entre arguments universalistes et différentialistes.....	121
A. Les arguments universalistes : améliorer la démocratie et prendre acte de l'évolution des mœurs.....	122
B. Les arguments différentialistes : une démocratie genrée.....	131
II. L'adoption de l'ordonnance du 21 avril 1944 accordant explicitement la citoyenneté aux femmes.....	138

A.	Le renouvellement de la démocratie par l'inclusion des femmes comme individus-citoyens.....	140
B.	La différence des sexes dans l'énoncé juridique et dans l'exercice des droits politiques.....	144
Section II.	La construction de l'égalité hommes-femmes dans le Préambule de la Constitution de 1946, entre indifférenciation et différenciation.....	149
I.	Une réaction aux inégalités de genre mises en place sous le régime de Vichy.....	149
A.	L'injonction de rôles de genre inégalitaires dans la sphère familiale.....	150
1)	Les inégalités de genre à travers la politique familialiste.....	150
2)	Le contrôle de la sexualité justifié par la politique nataliste	155
B.	Un accès à la sphère publique limité.....	158
II.	L'égalité des droits bénéficiant aux femmes comme individus et comme mères ...	163
A.	L'alignement du statut juridique des femmes à celui des hommes en matière de droits individuels.....	164
B.	La reconnaissance de l'individu « genré » dans la garantie de l'égalité des droits sociaux	171
Titre II.	Le principe d'égalité imposant l'indifférenciation entre les sexes.....	179
Chapitre I.	L'interprétation progressive de l'égalité des sexes comme exigence de non-discrimination.....	183
Section I.	L'indifférenciation formelle des énoncés législatifs au regard du sexe	187
I.	L'égalisation des droits civils par la neutralisation du droit de la famille au regard du sexe	187
A.	L'identité des droits des époux.....	187
1)	L'extension explicite des droits du mari à la femme	188
2)	La création d'énoncés législatifs neutres quant au sexe des époux.....	189
B.	L'identité des droits parentaux	200
II.	La bilatéralisation des droits économiques et sociaux dans les lois relatives à l'éducation et à l'emploi.....	207

A.	L'ouverture des mêmes droits aux femmes et aux hommes en matière d'accès au travail et à l'éducation.....	208
1)	De l'accès des femmes à l'éducation à la mixité dans l'enseignement primaire et secondaire	208
2)	La remise en cause limitée de la ségrégation genrée en matière de formation professionnelle et d'emploi au sein des textes juridiques	210
B.	La suppression des lois protectrices sous l'influence du droit communautaire comme manifestation de l'égalité	213
Section II.	La non-discrimination en raison du sexe imposée par la loi	221
I.	Le principe de non-discrimination imposé aux employeurs publics et privés	225
A.	L'interdiction de la discrimination dans la fonction publique imposée à l'administration.....	225
1)	L'affirmation progressive de l'exigence de non-discrimination dans la fonction publique par le législateur	226
2)	L'interdiction du recrutement distinct selon le sexe imposée par les juges à l'administration.....	232
B.	L'interdiction de la discrimination imposée aux employeurs privés et aux partenaires sociaux.....	238
II.	L'extension de l'exigence de non-discrimination aux fournisseurs d'accès aux biens et aux services.....	246
A.	La portée limitée du principe de non-discrimination en raison du sexe dans l'accès aux biens et aux services	246
B.	L'exigence d'indifférenciation au regard du sexe réaffirmée par la Cour de justice en matière de primes et de prestations d'assurance	249
Chapitre II.	L'interprétation de l'égalité comme limitation de la différenciation entre les sexes.....	255
Section I.	La limitation des avantages préférentiels en faveur des mères de famille ..	259
I.	La suppression ou l'extension aux hommes des avantages prévus pour les femmes en matière de retraite et d'assurance	259
II.	Des mesures préférentielles indirectes admises de façon limitée	267

A.	Des mesures préférentielles indirectes conformes à l'égalité formelle	267
B.	Des mesures préférentielles indirectes justifiées par leur caractère temporaire et leur finalité compensatrice	271
Section II.	La limitation des actions positives fondées sur le sexe.....	281
I.	Le caractère dérogoire et facultatif des actions positives dû à la prééminence de l'égalité comme indifférenciation	281
A.	La construction des actions positives comme dérogations à l'égalité.....	282
1)	Des différences de traitement constituant des ruptures d'égalité ou « discriminations positives »	282
2)	Des différences de traitement admises comme dérogations à l'égalité conduisant à une interprétation stricte des actions positives	292
B.	L'égalité de fait comme simple objectif non contraignant pour le législateur.....	304
1)	La mise en œuvre d'actions positives, une faculté pour le législateur	305
2)	Le rejet de l'égalité de fait comme droit subjectif.....	312
II.	Des actions positives limitées car conçues majoritairement comme instruments de l'égalité des chances	318
A.	Les actions positives traditionnellement admises pour rétablir l'égalité des chances ..	319
B.	L'action du législateur, entre égalité des chances et égalité réelle.....	333
Partie II.	L'impossible dépassement de la différence des sexes : quand l'évolution du principe d'égalité bute sur la construction juridique de la personne	351
Titre I.	La reconnaissance de la différence des sexes : nécessité de la lutte contre la hiérarchie de genre.....	355
Chapitre I.	L'appréhension de la dimension genrée du phénomène discriminatoire.....	361
Section I.	L'impossible comparabilité : la reconnaissance de la dimension asymétrique des inégalités.....	367
I.	La reconnaissance par le droit des discriminations spécifiques aux femmes	368
A.	Les désavantages fondés sur la grossesse et le harcèlement sexuel reconnus comme discriminations	368

1) Le caractère discriminatoire des traitements défavorables liés à la grossesse et la maternité	369
2) La progressive reconnaissance par le législateur de la dimension discriminatoire du harcèlement sexuel.....	374
B. L'admission du caractère genré des atteintes aux « droits reproductifs » et des violences sexuelles	384
1) Les « droits reproductifs » appréhendés sous l'angle de l'égalité des sexes.....	384
2) Des formes de violences reconnues comme atteintes aux droits des femmes	392
II. La délicate reconnaissance de discriminations spécifiques à certains types de femmes	404
A. L'émergence d'une prise de conscience du phénomène d'intersectionnalité au niveau institutionnel	406
B. L'absence de reconnaissance des discriminations intersectionnelles par les juges	410
Section II. La sanction des discriminations indirectes fondées sur le sexe.....	421
I. La reconnaissance de la notion de discrimination indirecte comme outil de lutte contre les inégalités de fait structurelles	423
A. L'intégration en droit français de la notion de discrimination indirecte sous l'influence de l'Union européenne	425
B. La preuve des discriminations indirectes impliquant de saisir la réalité sociale des inégalités	431
1) L'assouplissement du processus de comparaison pour saisir les inégalités de fait	432
2) L'outil statistique révélateur des inégalités structurelles	437
II. Les limites à la reconnaissance des discriminations indirectes sur le terrain contentieux	443
A. Des différences de traitement indirectes facilement justifiées.....	444
B. La résistance du droit français par la persistance d'une conception formelle du principe d'égalité	449
Chapitre II. La transformation des rôles de genre hiérarchisés par le droit.....	455

Section I. Agir sur les rôles de genre : de l'interdiction des discriminations aux politiques publiques égalitaires	459
I. La fonction de l'interdiction des discriminations dans la transformation des rôles de genre	460
A. La protection de l'identité de genre sur le terrain de la non-discrimination.....	461
1) D'une logique civiliste d'indisponibilité à la reconnaissance de l'autonomie dans la détermination du sexe juridique	462
2) La prohibition des discriminations fondées sur l'identité de genre	471
B. La sanction des discriminations fondées sur des stéréotypes de genre.....	477
1) La remise en cause ponctuelle des stéréotypes de genre dans le contentieux de la non-discrimination	478
2) Les limites d'une approche des discriminations en termes de stéréotypes de genre....	487
II. Des politiques publiques visant une égalité transformative des rôles de genre	494
A. L'approche intégrée de l'égalité ou <i>gender mainstreaming</i>	495
1) Le <i>gender mainstreaming</i> pour agir sur la structure des inégalités	495
2) Le financement des politiques d'égalité : l'émergence du « <i>gender budgeting</i> ».....	499
B. L'expansion de l'action des pouvoirs publics en matière d'égalité des sexes	505
1) Transformer les représentations des rôles de genre par l'extension de la lutte contre les stéréotypes.....	506
2) L'action du législateur sur l'articulation entre la vie familiale et la vie professionnelle	514
a) Des mesures pour la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle renforçant le rôle des femmes dans la sphère privée	515
b) Une politique évoluant vers un partage du travail domestique entre les femmes, les hommes et les acteurs sociaux.....	521
Section II. Vers une remise en cause du modèle hétérosexuel fondé sur la nécessaire complémentarité du masculin et du féminin.....	531

I.	L'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle comme outil insuffisant de remise en cause de l'hétéronormativité	532
A.	L'orientation sexuelle comme critère de discrimination.....	534
1)	Les apports du droit européen.....	534
2)	L'intégration de la notion d'orientation sexuelle en droit français.....	540
B.	L'insuffisance du contentieux de la non-discrimination pour l'égalisation des droits relatifs au mariage et à la parenté	545
1)	Une différence de traitement non constitutive d'une discrimination pour les juges français.....	545
2)	Les limites de la jurisprudence européenne antidiscriminatoire.....	554
II.	L'égalisation des traitements des couples hétérosexuels et homosexuels par l'intervention du législateur	559
A.	La fin de la nécessaire différence des sexes comme condition du mariage	559
B.	L'ouverture de l'adoption comme remise en cause de la complémentarité des sexes dans le rôle de parents.....	564
Titre II.	La préservation d'une construction juridique sexuée de la personne.....	569
Chapitre I.	La binarité des sexes dans les règles relatives à l'état civil.....	573
Section I.	La binarité des sexes, une évidence construite par le droit.....	577
I.	L'assignation obligatoire de l'individu à un sexe masculin ou féminin	578
A.	L'obligation du rattachement à l'un ou l'autre sexe dans les documents liés à l'identité civile de la personne.....	578
B.	L'interprétation des critères biologiques du sexe par les acteurs juridiques comme instaurant une binarité.....	583
1)	La construction d'une bicatégorisation par le droit fondée sur des critères biologiques.....	584
2)	Les écueils de la bicatégorisation sexuée des personnes mis au jour par l'intersexuation	591
II.	La normalisation de la situation des intersexes pour rétablir la vérité du sexe	599

A.	La pratique des opérations de conformation sexuée non sanctionnée par le droit.....	600
B.	La procédure de rectification du sexe juridique pour rétablir le « vrai » sexe	609
Section II.	La résistance du droit français à considérer la division binaire des sexes comme discriminatoire.....	617
I.	Le caractère discriminatoire de la bicatégorisation par sexe à l'état civil mis en exergue aux niveaux institutionnel et doctrinal.....	618
A.	La fonction de la classification par sexe interrogée.....	619
B.	Une classification disproportionnée au regard des désavantages touchant les intersexes.....	623
II.	L'absence de remise en cause la division binaire entre les sexes sur le terrain de la non-discrimination en droit positif français	629
A.	Le rejet de la création d'un sexe neutre à l'état civil sur le terrain judiciaire.....	629
B.	Le silence du législateur quant à la création d'un « troisième sexe » ou la suppression de la mention du sexe à l'état civil.....	635
Chapitre II.	La binarité des catégories parentales dans le droit de la filiation	643
Section I.	Le modèle de la filiation fondé sur la différence des sexes dans l'engendrement	649
I.	Les différences de traitement entre pères et mères dans l'établissement du lien de filiation.....	650
A.	Les limites de l'égalité comme indifférenciation : le maintien de la différence entre mères et pères par la loi sur le mariage pour tous	650
B.	L'établissement de la filiation différenciée : le père géniteur, la mère gestatrice.....	655
II.	Des différences rendues évidentes par la complémentarité des sexes dans l'engendrement.....	667
A.	L'engendrement par un homme et une femme, clef de voûte du droit de la filiation	667
1)	La place de la vérité biologique dans l'établissement de la paternité	668
2)	La filiation charnelle comme modèle dominant	673

B. Une complémentarité des sexes non remise en cause par la réforme de 2016 relative au changement de sexe	680
Section II. Une inégalité de traitement entre mères et pères renforçant les représentations liées au genre.....	687
I. L'importance donnée au rôle de la mère dans l'établissement du lien de filiation .	688
A. L'établissement du lien de filiation maternelle favorisé par rapport au lien de filiation paternelle	689
B. Les femmes favorisées par rapport aux hommes quant au choix de ne pas être parent.....	695
II. L'importance accordée à la « maternité physiologique » comme entrave à l'égalité réelle.....	703
A. La prédominance d'une définition physiologique de la maternité en droit de la filiation renforçant les représentations liées aux rôles de genre	704
B. Le congé de maternité limité à la maternité physiologique : un instrument égalitaire ?	715
1) La protection ambivalente de la maternité au regard du principe d'égalité	715
2) Une protection de la maternité physiologique plus importante que celle de la maternité sociale ?.....	721
Conclusion générale	731
Bibliographie	737
Index	795
Table des matières	801